Der Paragraph 281.

EINE HISTORISCH-DOGMATISCHE STUDIE ZUM B.G.B.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT

ZU ERLANGEN

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

VORGELEGT VON

RUDOLF SEEFRIED

RECHTSPRAKTIKANT IN MÜNCHEN

GEB. IN GRIESBACH (NIEDERBAYERN).

APPROBIERT AM 9. JANUAR 1905.

ASCHAFFENBURG.

GOTTINGER'SCHE BUCHDRUCKEREI

1905.

37

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0143

Meinen lieben Eltern gewidmet.

I. Teil.

Grundlegende Begriffe.

I. Abteilung.

Inhalt und Gegenstand rechtlicher Beziehungen (subjektiver Rechte).

I.

Inhalt. — Unmittelbarer Gegenstand.

Es ist eine bekannte und beliebte Einteilung bei der Darstellung eines Rechtsinstitutes oder eines demselben angehörigen rechtsgeschäftlichen Typs, dasselbe zu untersuchen und zu zergliedern nach «Wesen» oder «Begriff», nach «Inhalt», «Gegenstand» und auch meist noch der «Wirkung» nach.

Man findet diesen Modus in den meisten Lehrbüchern älteren Ursprungs und die neueren haben ihn beibehalten, obwohl zwei unter diesen Begriffen, nämlich der des Gegenstands und des Inhaltes in keiner Weise fest bestimmt und gegen einander abgegrenzt sind, vielfach mit einander verwechselt und teilweise als Synonyma gebraucht werden, somit eine Unklarheit geschaffen wird, die immer dort am schwersten empfunden wird, wo eine Untersuchung auf einen der beiden Begriffe sich aufbauen, in ihm einen Stützpunkt finden soll.

Gewöhnlich wird es so gehalten, dass man unter Inhalt eines Rechtsgeschäftes — am schärfsten ist der Unterschied naturgemässerweise im Obligationenrecht von Bedeutung — das versteht, was durch dasselbe bezweckt werden soll, und unter Gegenstand meist das Objekt, mit Rücksicht auf welches die rechtlichen Beziehungen aufgerichtet werden.

Auch findet man, dass im Sachenrecht den Begriffen eine andere Deutung gegeben ist als im Obligationenrecht, was namentlich mit dem Umstande zusammenhängt, dass insbesondere im Gebiete des letzteren der Begriff in der

Tat schwerer zu bestimmen und daher für Streitfragen noch mehr Raum geboten ist.

Wenn man vom Sachenrecht und dinglichen Rechten, bei denen als Gegenstand nichts anderes als eben die Sache in Betracht kommen zu können scheint, absieht und die Untersuchung zunächst auf das Gebiet des Obligationenrechtes beschränkt, so begegnet man hier einer Reihe von Ansichten[1]), von denen die eine das Objekt, um dessenwillen die rechtlichen Beziehungen aufgerichtet werden, also meist ein Ding der Körperwelt, die andere die Leistung, eine dritte bei gewissen Arten von Obligationen die Person des Schuldners[2]) als Gegenstand bezeichnet.

Insbesondere begegnet man der Ansicht, dass Begriffe wie «Gegenstand und Inhalt» eines subjektiven Rechtes überhaupt kaum zu scheidende Elemente seien[3]).

So ist es denn erklärlich, dass im gesamten Rechtsgebiete (d. h. in dem hier allein in Betracht kommenden Gebiete des Vermögensrechtes) in dieser Hinsicht eine Verwirrung herrscht, die auch für die vorliegende Frage nicht ohne störende Bedeutung ist[4]).

Um hier Klarheit zu schaffen, ist zunächst zu betonen, dass unter dem «Inhalt» rechtlicher Beziehungen[5]) nichts anderes verstanden werden kann als der, der wirtschaftlichen causa, aus welcher die Aufrichtung der Rechtsbeziehungen sich erklärt, entnommene und durch diese Rechtsbeziehungen zu erreichende Zweck[6]).

So ist Inhalt beim Kauf die Eigentumsverschaffung, bei der Miete die Gebrauchsverschaffung, beim Pfandrecht in letzter Linie das jus distrahendi, beim Eigentum die alle andern ausschliessende Herrschaft[7]).

---

[1]) Windscheid, Lehrbuch der Pand. (Frankfurt 1900.) Bd. II. § 252 Note 1.

[2]) Cosak, Lehrbuch des bürgerl. R. Bd. I. § 80. Dazu Note 11 daselbst über Litteratur.

[3]) So z. B. Hecker «Zur Lehre von der rechtlichen Natur der Versicherungsverträge». (München, 1894.) § 47.

[4]) Man vergl. die Motivierung der Aenderung des Wortlauts des § 238 im E I und die des § 275 im B.G.B.

[5]) Dieser Ausdruck wird fürderhin an Stelle des etwas zu unbestimmten Begriffes «Recht» gebraucht werden.

[6]) Mit Rücksicht auf das die R-Beziehungen schaffende Ereignis (R-Geschäft) versteht man unter Inhalt die von der R-Ordnung zur Entstehung eines typischen R-Verhältnisses als notwendig vorgeschriebenen Elemente des betreffenden Typs.

[7]) Bei gewissen Arten von obligat. Beziehungen z. B. beim Kaufe Zug um Zug fallen diese mit dem zu begründenden R-Geschäfte nach Entstehung und Endigung zusammen.

Dagegen ist Gegenstand rechtlicher Beziehungen ein begrifflich vom Inhalte zu scheidendes Moment[1]).

Der Gegenstand ist nicht etwa bloss eine Unterart, oder ein Summand in der Summe «Inhalt».

Gegenstand und Inhalt verhalten sich zu einander, um etwa ein erläuterndes Gleichnis aus der Naturwissenschaft zu gebrauchen, wie Stoff und Kraft.

Die Betrachtung des ersteren zeigt die rechtliche Beziehung mehr ihrem Bestande nach, bedeutet das Seiende, die Betrachtung des letzteren stellt uns das Wirkende, das Wirksamwerden der im Seienden ruhenden potentiellen Faktoren dar.

Diese Erkenntnis wird uns der Weg zur Feststellung des Begriffes «Gegenstand der Rechts-Beziehungen».

Die zwischen den Menschen als Träger geistiger Funktionen bestehenden Beziehungen sind nichts anderes als die aus dem Zusammenleben sich ergebenden Wechselwirkungen der geistigen Natur der Menschen auf einander.

Unter diesen Beziehungen gibt es eine Reihe von solchen, die darauf abzielen, den Willen des Menschen im Interesse des Zusammenlebens zu binden; also Wechselwirkungen in der Sphäre der Willenstätigkeit. Das sind die sittlichen, gesellschaftlichen und die rechtlichen Beziehungen.

Also Gegenstand der rechtlichen Beziehungen ist Willensbindung. Die durch das Streben nach Bedürfnisbefriedigung hervorgerufenen Motive, aus denen Willensentschlüsse hervorgehen, sollen durch jene Bindung, auf die die rechtliche Beziehung abzielt, in ihrem Wirken gehemmt werden, durch psychisch entgegenwirkende Faktoren verhindert werden, einen dem Zwecke der Rechtsbeziehung entgegenstehenden Willensentschluss zustande kommen zu lassen.

Ihre besondere Eigenart aber gegenüber der sittlichen und gesellschaftlichen Beziehungen erhalten die rechtlichen Beziehungen durch das Vorhandensein bestimmter positiver Formen, die aus bestimmtem; als Rechtsquelle bezeichneten Ursprunge herrühren, und nach welchen sich Entstehen, Wirken und Endigen der rechtlichen Beziehungen zu regeln haben.

---

[1]) Gegenteilig Hecker a. a. O. § 47, Gierke, die Versicherungsforderung bei Veräusserung der versicherten Sache (Berlin 1899) § 7 a. Ende, die die beiden Dinge als zusammenfallend betrachten. Allein die hier vertretene grundsätzlich andere Auffassung von Gegenstand und Inhalt muss es auch bei dem Versicherungsvertrag ermöglichen und ermöglicht es in der Tat, Gegenstand und Inhalt auch hier zu scheiden.

Diese Natur der rechtlichen Beziehungen als Beziehungen geistiger Art und ihres Gegenstandes als Willensbindung kommt für das Gebiet des Obligationenrechtes ganz richtig zum Ausdruck in L 3 pr D 44. 7: Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum vel aliquid faciendum vel praestandum.

Dieses obstringere ist Gegenstand der in der Obligation liegenden Rechtsbeziehungen; ein anderer soll in seiner Willenssphäre gebannt werden, soll seine Entschlüsse in einer durch das Rechtsverhältnis bestimmten Richtung tätig werden lassen, die durch die Willensbindung als zu befolgende festgelegt wird.

Etwas anders scheint es sich auf den ersten Blick mit dem dinglichen Rechte zu verhalten.

Es liegt in der Tat nichts näher, als zu sagen: das dingliche Recht schafft rechtliche Beziehungen zwischen Personen und Sachen (resp. Objekten im Gegensatz zu Personen), das obligatorische Recht solche zwischen Personen und Personen. Es zeigt sich aber bei Auflösung des dinglichen Rechtes in seine letzten Elemente, dass nicht Person und Sache, sondern Person und Person in Beziehung stehen: auch hier ist der Gegenstand der rechtlichen Beziehung Willensbildung, nur dass hier dem einen, zu dessen Gunsten die rechtliche Beziehung besteht, die Willenssphäre nicht eines anderen, sondern die der Gesamtheit aller anderen entgegensteht[1]).

Eine Beziehung deren Gegenstand Willensbindung ist, kann überhaupt nur zwischen Menschen bestehen. Beziehungen dieser Art — daher auch rechtliche — zwischen einer Person und einem nicht persönlichen Gegenstand sind eine Unmöglichkeit, da das Vorhandensein der psychischen Funktion des Willens bei allen an einer Rechtsbeziehung Beteiligten Voraussetzung für diese ist. Und eine Person allein kann zu sich selbst in keiner Beziehung stehen.

Das dingliche Recht kann nie damit in seinem Wesen erklärt werden, dass man ein gedachtes Verhältnis zwischen Person und Sache schafft; eine Rechtsbeziehung als ein nur in der Ideenwelt vorhandenes Produkt menschlicher Geistestätigkeit kann nie ein Ding erfassen, das nicht wiederum Person ist.

---

[1]) Diese Theorie ist auch vertreten von Brunns in Holtzendorffs Encyklopädie (5. Aufl.) S. 446 f. Vergl. auch Thon, Rechtsnorm und subjekt. Recht. S. 218 f. Windscheid, Pandekten Bd. I. § 29. S. 257. Oertmann in Jherings J. f. Dog. Bd. 31. S. 415. Fuchs, Wesen der Dinglichkeit. Dagegen wendet sich insbesondere Endemann, Lehrbuch d. bürg. R. Bd. II. 1. § 3. Note 9.

Auch das dingliche Recht besteht in Willensbindung Aller zu Gunsten des Trägers desselben; es ist ein Rechtsverhältnis, eine rechtliche Beziehung zwischen dem Berechtigten einerseits und allen anderen[1]) als mögliche Träger desselben in Betracht kommenden Subjekten andererseits, kraft dessen die Willenssphäre derselben in der Richtung der Einwirkung auf den Gegenstand, zu dessen Verstrickung in der Macht des Berechtigten das dingliche Recht geschaffen wird, gebunden erscheint.

Es ist ein Verbot an alle diese, auch als Träger möglich gedachten Subjekte, den Gegenstand in irgend einer Beziehung für sich zu ge- oder verbrauchen (als den ihrigen zu betrachten).

In ähnlicher Weise lässt sich bei allen Arten privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher[2]) Rechtsbeziehungen eine Beziehung zwischen Menschen als willensfähiger Wesen finden, deren Gegenstand eine Bindung des Willens derer, die in der Beziehung sozusagen als passives Element sich finden, darstellt.

Damit ergibt sich uns als Gegenstand jeder rechtlichen Beziehung der aus ihrem Wesen folgende Zweck:[3]) die Willensbindung d. h. die Hervorbringung oder Verhinderung zweckentsprechender Willensentschlüsse.

Nach dieser Definition müsste das, was sonst gewöhnlich unter Rechts-Gegenstand verstanden wird, nämlich die Dinge der Aussenwelt[4]), als «Gegenstand» ausser Betracht bleiben.

Indess lässt es sich nicht verhehlen, dass gerade das Element, welches wir soeben als eigentlichen Gegenstand jeder Rechtsbeziehung gefunden haben, entweder ganz unbeachtet bleibt oder als selbstverständlich übergangen oder überhaupt für gar nicht (wenigstens teilweise[5]) wirklich vor-

---

[1]) Vergl. auch Siber. «Der Rechtszwang im Schuldverhältnis (Leipzig 1903). S. 100 fl.

[2]) Hier tritt allerdings eine Modifikation insoferne ein, als derjenige, welcher im Willen gebunden ist, zugleich auch Objekt der Rechtsbeziehung ist (mittelbarer Gegenstand) s. unten S. 10. Und das Gleiche gilt für das Familienrecht als Grenzgebilde zwischen öffentl. und privatem Rechte.

[3]) Zweck hier hervorgehend aus dem Wesen der rechtlichen Beziehung, zum Unterschied von Zweck = Inhalt, hervorgehend aus der wirtschaftlichen causa. (Vergl. S. 6). Vergl. einen ähnlichen Gedanken bei Hartmann, «Die Obligation» S. 20. 162. f. 272.

[4]) Nicht im Sinne der «körperl. Welt»: es fällt hier unter den Begriff alles, was als Objekt, um dessenwillen die konkrete R-Beziehung aufgerichtet wurde, gedacht werden kann; das können selbst wieder R-Verhältnisse sein, z. B. Verkauf einer Forderung.

[5]) S. die von Endemann vertretene Ansicht oben.

handen erklärt wird, während die Dinge der Aussenwelt deren Bestand, Umfang, Güte u. s. w. für das um ihretwillen errichtete R-Verhältnis von grösster Bedeutung sind und daher die Wirkung dieser ihrer Eigenschaften und ihres Bestehens oder Nichtbestehens auf das R-Verhältnis zum Gegenstand der eingehendsten Erörterung gemacht werden.

In Erkenntnis dieser Tatsache handelt es sich nun darum, das Verhältnis des von uns sogenannten «Gegenstandes» und des auch «Gegenstand» genannten Dinges der Aussenwelt, in richtiger Weise herzustellen. Es ist dabei wohl zu beachten, dass der Gegenstand der rechtlichen Beziehungen i. S. d. Definition S. 9 und ihre ebenfalls als Gegenstand bezeichnete objektive Grundlage eine Sonderexistenz führen, dass aber dennoch der Bestand des einen von Bedeutung für den andern werden kann, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden.

Es ist zu sagen: Ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Begriffen existiert nicht und kann nicht existieren[1]).

Der Gegenstand, den wir als solchen bezeichnen — man kann ihn «unmittelbaren Gegenstand» nennen — ergibt sich aus dem Wesen der R-Bezeichnung und ist mit ihr untrennbar verbunden.

Die Objekte der Aussenwelt — im Gegensatz dazu als «mittelbarer Gegenstand» betrachtet — sind die Substrate der R-Beziehungen, insoferne mit Rücksicht auf sie und ihre wirtschaftlichen Funktionen Anlass zur Position rechtlicher Beziehungen gegeben ist.

Ihre gegenseitige Beeinflussung aber — äusseres Verhältnis — ist eine mannigfaltige. Eine aus diesen Wirkungen wechselseitiger Art herauszugreifen, wird Aufgabe der folgenden Untersuchungen sein.

Die Prüfung der einzelnen Arten und Typen der im Gebiete der dinglichen und obligatorischen Rechte sich findenden Rechtsbeziehungen bringt das Ergebnis, dass diese Scheidung möglich und zweckmässig ist.

Bei allen Arten dinglicher Rechte, voran dem vollendetsten Typus derselben, dem Eigentum, ist unmittelbarer Gegenstand der Rechtsbeziehung Willensbedingung in der Form des Verbotes, das im Eigentumsrechte (sc. als Berechtigten) sich findende Subjekt in dem tatsächlichen, Wesen und Eigenschaften des mittelbaren Gegenstandes umfassenden, Ge- und Verbrauch irgendwie störend zu beeinflussen: eine

[1]) Vergl. S. 8.

Verpflichtung, zu unterlassen, was diesem Zwecke entgegenstehen würde.

Die gleiche Erscheinung kehrt wieder bei anderen Arten dinglicher Rechte, in komplizierteren Modifikationen, im Wesen aber nicht vom unmittelbaren Gegenstande des Eigentumes unterscheidbar.

Bei obligatorischen Rechtsbeziehungen tritt uns zunächst als unmittelbarer Gegenstand derselben die Verpflichtung zu einem positiven Tun entgegen, und zwar bei allen der gewöhnlichen Typen (Kauf, Miete u. s. w.)

Unmittelbarer Gegenstand ist die Leistungspflicht (nicht die Leistung!). Indessen ist auch eine obligatorische Verpflichtung auf ein Unterlassen nicht ausgeschlossen. (Siehe S. 15.)

Diese letztere Spielart von obligatorischen Rechtsbeziehungen ist im römischen Rechte fast unbeachtet, denn dort war es Wesen der Obligation (substantia), dass der Schuldner obstringitur, dare, facere, praestare. In der neueren Rechtsentwicklung und Wissenschaft aber treten sie in bedeutender Weise hervor und sind Gegenstand wichtiger Streitfragen und Untersuchungen[1]).

Sie nähern sich erklärlicherweise in ihren Folgeerscheinungen den dinglichen Rechten. (S. unten.)

In Kürze zusammengefasst, was bisher ausgeführt wurde, ergibt sich folgendes Resultat:

Der unmittelbare Gegenstand rechtlicher Beziehungen ist die im Zwecke derselben liegende Hervorbringung oder Verhinderung von Willensentschlüssen und ihrer notwendigen Auswirkung, der Handlungen und Unterlassungen.

Die beiden Momente synthetisch betrachtet, ergeben das Wesen des Anspruchs: Die auf Grund des objektiven Rechtes sich ergebende Macht, den Willen des Andern in bestimmter Richtung zu binden und die daraus folgende (psychologisch) notwendige Auswirkung des gebundenen Willens in dieser Richtung.

1. Bei dinglichen Rechten ist es der Anspruch, gerichtet gegen alle anderen als mögliche Rechtsträger in Betracht kommenden Subjekte, Einwirkungen auf den mittelbaren Gegenstand (hier Sache) zu unterlassen[2]).

---

[1]) Windscheid, a. a. O. Bd. II, § 252 und die dort angegebene Litteratur, insbesondere Zitelmann, «Irrtum» S. 61 f. Vergl. auch Cosak a. a. O. § 80 Ziff. 2. Wendt, Archiv f. civ. Pr. Bd. 92. S. 53. Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. § 241. Anm. 4 mit 6.

[2]) Objektiv ausgedrückt.

2. Bei obligatorischen Rechtsbeziehungen:
   a) ein Anspruch auf ein positives Handeln
   b) ein Anspruch auf ein Unterlassen

gerichtet gegen bestimmte einzelne oder eine bestimmte Mehrheit von Personen.

Dieser als unmittelbarer Gegenstand von rechtlicher Beziehung erkannte Anspruch hat den Zweck, die Willensbetätigung des in der bestimmten Richtung gebundenen Subjektes in Form von Handlungen oder Unterlassungen in Bezug auf den mittelbaren Gegenstand — im Gebiete des Vermögensrechtes das Objekt der Aussenwelt oder das wirtschaftliche Gut, — wirksam werden zu lassen, um damit dieses in ein bestimmtes äusseres Verhältnis, entsprechend der wirtschaftlichen causa der Bedürfnisbefriedigung zu bringen, resp. in einem solchen zu erhalten.

Das auf ein positives Handeln gerichtete obligatorische Rechtsverhältnis hat den Zweck, das Gut in ein solches Verhältnis zu bringen, zielt also ab, auf eine Veränderung des Bestandes eines Vermögenskomplexes, was gewöhnlich in einem Aufheben von rechtlichen Beziehungen auf der einen Seite und einem korrespondierendem Neubegründen auf der anderen Seite zu Tage tritt. Das dingliche Rechtsverhältnis und das obligatorische Rechtsverhältnis, welches auf ein Unterlassen gerichtet ist, haben den Zweck, das Gut in dem wirtschaftlichen Verhältnisse, in welches es durch eine rechtliche Transaktion gekommen ist, zu erhalten, das erstere vollständig, das letztere meist in einzelnen Richtungen.

Darin, in diesem Einfluss des unmittelbaren Gegenstandes als Urheber von Willensbetätigungen, welche durch die rechtlichen Beziehungen in dieser bestimmten Richtung tätig zu werden gebunden sind, auf den mittelbaren Gegenstand und der dadurch bewirkten zweckentsprechenden Gestaltung in der Wirtschaftssphäre der Beteiligten zeigt sich die Wirkung der in der rechtlichen Beziehung liegenden potentiellen Faktoren oder der Inhalt des Rechtsverhältnisses.

Diese Erwägungen geben uns die Klärung der so umstrittenen Begriffe: Inhalt und Gegenstand im Gebiete des Obligationenrechtes.

Es werden dadurch die Zweifel zerstört, welche die Behandlung der Begriffe »Gegenstand und Inhalt« beherrschen, und welche namentlich dadurch hervorgerufen waren, dass bei obligatorischen Rechtsverhältnissen der äussere Erfolg

von der Leistung als solcher getrennt in Erscheinung tritt, während beim dinglichen Rechte der äussere Erfolg gerade darin liegt, dass geleistet wird, welche Verschiedenheit sich eben wiederum im wirtschaftlichen Zwecke dieser Rechtsinstitute gründet.

Daher hat man bei Betrachtung der obligatorischen Rechtsbeziehungen — weil gewöhnlich das äussere sinnliche Moment am meisten wirkt und die Augen fällt — das Hauptgewicht auf den Erfolg, d. h. das durch die Obligation herzustellende äussere Verhältnis gerichtet und daher immer zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Gegenstande das Mittelding der Leistung gehabt, und dasselbe bald als Inhalt, bald als Gegenstand des obligatorischen Rechtsverhältnisses bezeichnet, während sie in Wirklichkeit nur Inhalt der Obligation sein kann.

Anhang. — Rechtsgegenstand insbesondere bei Obligationen auf ein Unterlassen.

In allen Gebieten, in welchen Unterlassungen als juristischer Tatbestand in Betracht kommen, ist der Begriff der Unterlassung ein sehr unklarer und bestrittener.

Wenn man den Grund davon zu suchen sich bemüht, so liegt derselbe wohl darin, dass bei positiven Handlungen das Moment eine grosse Rolle spielt, welches bereits oben als so wichtig bezeichnet ist, nämlich der Umstand, dass dieselben sinnlich wahrnehmbare Veränderungen in der Aussenwelt hervorbringen.

Daraus, dass diese bei den Unterlassungen wegfallen und sie sich gerade deshalb von den Handlungen unterscheiden, dass nichts in der Aussenwelt Wahrnehmbares geschieht, erklärt sich der Zweifel zunächst darüber, ob man sie überhaupt als juristischen Tatbestand brauchen kann, und wenn diese Frage bejaht wird, darüber, was eigentlich die Unterlassung von der Handlung unterscheidet und welche Folgen eine solche Unterscheidung hat.

Es ist unbedingt nötig, hier zurückzugehen auf die psychologischen Vorgänge, aus welchen Handlungen und Unterlassungen entspringen. Wir haben oben den Anspruch dargestellt als die zu einer Einheit zusammengezogenen Momente des fertigen Willensentschlusses und dessen Wirkung in der Aussenwelt. Wenn man diese letztere Wirkung in dem Sinne auffasst, dass dieselbe stets in einer sinnenfälligen Veränderung in der Aussenwelt bestehen müsse, so kommt

man notwendig zu der Konsequenz, dass, da dieses Moment bei den Unterlassungen fehlt, bei denselben von einem Anspruch rechtlicher Natur niemals die Rede sein kann.

Allein diese Betrachtungsweise ist nie berechtigt. Die Wirkung in der Aussenwelt braucht durchaus nicht in einer sinnlich wahrnehmbaren Veränderung zu bestehen, sondern sie kann sich auch darin zeigen, dass eben solche sinnlich wahrnehmbare Veränderungen nicht vor sich gehen, und gerade darin liegt die Wirkung bei den Unterlassungen. Zu dieser Folgerung kommt man auf folgende Art.

Rein philosophisch betrachtet, liegt auch bei den Willensentschlüssen, die darauf gerichtet sind, eine in der Aussenwelt wahrnehmbare Wirkung zu verhindern, eine positive Leistung vor, insoferne die Willenstätigkeit hier darauf gerichtet sein muss, den psychologischen Reizen, die auf eine Handlung hindrängen, entgegengesetzte Reize wirksam werden zu lassen.

Nun kann man allerdings sagen: Man hat als Leistung nicht einen philosophischen Begriff, sondern das zu betrachten, was im juristisch-technischen Sinne als Leistung bezeichnet zu werden pflegt.

Allein wenn man diese Ansicht folgerichtig durchführt, käme man darauf hinaus, bei Obligationen auf ein Unterlassen die Leistung als solche leugnen zu müssen, denn sie kann hier nur im philosophischen Sinne gefasst werden und damit wäre dann die Obligation auf ein Unterlassen des Inhaltes, d. h. eines Essentiale beraubt und hinfällig. Und dennoch hat die Rechtsordnung solche Obligationen als wirkliche Rechtsverhältnisse anerkannt und ihnen den Rechtsschutz nicht versagt.

Man muss also hier den juristischen Begriff der Leistung sich mit den philosophischen decken lassen und sagen: Es liegt hier das Leisten einzig und allein im Setzen von Willensreizen und die Auswirkung in der Welt der Erscheinungen besteht dann darin, dass nicht verändert wird, was verändert worden wäre, wenn die Reize, welche auf Handlung hindrängten, sich zum Willensentschlusse verdichtet hätten.

Von dem hier vertretenen Standpunkte aus müsste die Leugnung der Obligation auf ein Unterlassen konsequenterweise auch zur Leugnung des dinglichen Rechtes führen.

Wir kommen also zu dem Schlusse: nicht nur im Gebiete der Obligation auf ein Handeln, auch bei einer solchen auf ein Unterlassen kann man von einer Leistung als einer positiven Tätigkeit der Willensenergie sprechen.

II.

Fortsetzung. — Der mittelbare Gegenstand der Rechtsbeziehung.

Die im bisherigen durchgeführte Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Gegenstand von Rechtsbeziehungen überhaupt und des Obligationenrechtes insbesondere gibt Anlass, über den letzteren Begriff Einiges Erläuternde folgen zu lassen.

Wie schon des öfteren erwähnt ist, und schon aus dem Vorwurfe dieser Abhandlung hervorgeht, haben wir es nur mit vermögensrechtlichen Rechtsbeziehungen zu tun. Daher sind nunmehr naturgemäss die körperlichen und unkörperlichen Gegenstände, die als Güter zu betrachten sind und um deren Schutz willen die Komplexe der Rechtsnormen des Vermögensrechtes geschaffen sind und die Rechtsbeziehungen des Sachen- und Obligationenrechtes begründet werden, zu Grunde zu legen.

Alle diese Dinge, welche hier als Gegenstand der Erörterung zu gelten haben, fasst man unter dem Namen «Gut» zusammen und stellt sie als wirtschaftliche Werte den Gütern im geistigen Sinne gegenüber.

Der Begriff des Gutes ist in der Wirtschaftswissenschaft ein nicht ganz festzustellender[1]). Die einen erkennen nur stoffliche Güter an, andere unterscheiden zwischen inneren und äusseren Gütern und sagen, dass nur letztere im Stande seien, Elemente eines Vermögens zu werden, dass aber trotzdem den ersteren die Eigenschaft als Gut nicht abgesprochen werden könne.

Wir können hier über diese Streitfrage hinweggehen, denn ob ein Objekt, welches der Bedürfnisbefriedigung tatsächlich zu dienen geeignet ist, nun gerade im Sinne der Wirtschaftswissenschaft «Gut» ist oder nicht, mittelbarer Gegenstand rechtlicher Beziehungen kann es dessenungeachtet werden, denn dies hängt, soweit wir es nicht mit res extra commercium zu tun haben, eigentlich nur vom Willen der Träger der rechtlichen Beziehungen — Menschen — ab; es ist daher die Subsumierung unter den wirtschaftswissenschaftlichen Terminus «Gut» nicht dafür massgebend, ob das betreffende Objekt mittelbarer Rechtsgegenstand sein kann oder nicht (je nachdem er vom Standpunkt dieser Wissenschaft aus Gut ist oder nicht). Daher ist der Begriff

---

[1]) Vergl. Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft unter «Gut» und die dort angegebene Litteratur.

«Gut», der hier in Frage kommt, nicht im streng wirtschaftlichen Sinne zu verstehen, sondern einfach als zusammenfassende Bezeichnung für alles, was als Bedürfnisbefriedigungsobjekt überhaupt in Frage kommt und nicht von vorneherein der Eigenschaft der Kommerzialität entbehrt.

Hiebei stossen wir allerdings sofort auf einen schon oben gestreiften Unterschied von inneren und äusseren Gütern, insoferne auch im Bereiche unserer Untersuchungen der Gegensatz von Stoff- oder Sachgütern und von inneren Gütern oder Fähigkeiten des Menschen, soweit sie als mittelbarer Gegenstand rechtlicher Beziehungen sein können, eine grosse Rolle spielt: er bedingt einen tiefgehenden Unterschied in der Struktur der einzelnen Typen der rechtlichen Verhältnisse, wie wir sehen werden.

Wir wollen nun gleich konkret sprechen und die hier als besondere Art in Betracht kommende Gruppe von Rechtsverhältnissen ins Auge fassen.

Es sind dies alle jene Rechtsverhältnisse — näher bezeichnet: Verträge — welche abzielen auf Leisten von Diensten aller Art.

Man kann in diesen Fällen zunächst in Zweifel sein, was man überhaupt als mittelbaren Gegenstand der Rechtsbeziehungen ansehen soll, und ob die Möglichkeit besteht, die Fähigkeiten des Menschen als mittelbaren Gegenstand der Rechtsbeziehungen zu nennen.

Es ist daher die Untersuchung darauf zu richten, ob die Fähigkeiten der menschlichen Natur, Körperkraft u. s. w. mittelbarer Rechtsgegenstand sein können.

Die oben Seite 11 aufgestellte Theorie vom Wesen des Anspruches gibt uns hier den Weg für dieselbe an die Hand.

Dort ist zum Ausdruck gebracht, dass die beiden Momente der Bindung der Willensentschlüsse und die daraus folgende Auswirkung in der Richtung der Willensbindung das Wesen des Anspruches bedingen. Dazwischen steht bei den auf ein Handeln gerichteten Ansprüchen nun ein Faktor, der dort als selbstverständlich übergangen ist, hier aber von besonderer Bedeutung wird, nämlich das zwischen dem Willensentschlusse und dessen Verwirklichung in der Aussenwelt liegende Verbindungselement: die Kraftbetätigung der menschlichen Natur[1]). Diese sind es, welche einerseits durch die Innervation mit dem geistigen Prinzip des Willens in Verbindung stehen, andrerseits durch ihre

[1]) Auch bei geistigen Leistungen.

physische Kraftäusserung die Objekte der Aussenwelt zu ergreifen vermögen.

Es kommen somit jedenfalls die Fähigkeiten des Menschen als verbindende Elemente des unmittelbaren mit dem mittelbaren Gegenstand in Betracht.

Aber sie können selbst mittelbarer Gegenstand von Rechtsbeziehungen sein. Denn es ist sehr wohl denkbar, dass das zu befriedigende Bedürfnis gerade darin liegt, dass bestimmte Verrichtungen geschehen, ohne dass es in letzter Linie auf den damit erzielten Erfolg ankommt. In der Vornahme von Handlungen bestimmter Art erschöpft sich die Anforderung, die man an die Auswirkung der Willensbetätigung stellt.

Wo das der Fall ist, da sind eben diese Handlungen, die Betätigungen der menschlichen Kräfte als solche, mittelbarer Gegenstand der rechtlichen Beziehungen.

II. Abteilung.

Leistungsunmöglichkeit resp. Unvermögen.

I.

Die Tatsache, dass der mittelbare Gegenstand rechtlicher Beziehungen seiner Existenz nach vernichtet werden kann, gibt für das Gebiet des Obligationenrechtes den Anlass, die Folgen hievon in rechtlicher Hinsicht einer Betrachtung zu unterwerfen.

Es hat sich im Anschluss hieran der Begriff der Leistungsunmöglichkeit als juristische Tatsache im Gebiete des Obligationenrechtes ausgebildet, dessen Erfassung und Erklärung nach Wesen und Wirkung schon im römischen Rechte Quelle von Streitfragen war, die im gemeinen Rechte nicht verstummten und durch die nicht ganz klare Regelung dieser Angelegenheit im bürgerlichen Gesetzbuche nicht etwa entfernt und behoben wurden, sondern vielmehr mit erneuter Heftigkeit entbrannten.

Jedenfalls ist von vorneherein soviel festzuhalten, dass bei der ganzen Erörterung über die Leistungsunmöglichkeit als Ausgangspunkt immer der mittelbare Gegenstand der Obligation ins Auge gefasst werden muss.

Denn wie Kleineidam[1]) ganz richtig sagt, handelt es sich hier um die Notwendigkeit einer speziellen Rege-

[1]) Kleineidam, Unmöglichkeit u. Unvermögen nach B.G.B. (Jena 1900) i. d. Abhandlg. z. Privatrecht u. Civilproz. v. O. Fischer Bd. 7.

lung derjenigen Schuldverhältnisse, deren Leistungen nicht erfüllt werden können, welche ihren Grund in dem inneren Widerspruch hat, dass der Schuldner etwas tun soll, was er nicht tun kann. Dies kann seinen Grund in verschiedenen Umständen haben.

1. Zunächst ist zweifellos bei körperlichen Sachen der Untergang der Sache selbst ein Grund der Leistungsunmöglichkeit. Es sind jene Fälle, die das römische Recht unter dem Ausdruck casus zusammenfasst, falls sie durch keine der in der Rechtsbeziehung stehenden Personen verursacht wurde. Darunter sind aber auch die Fälle zu zählen, in welchen ein mittelbarer Gegenstand, welcher nicht körperlicher Gegenstand ist, aus irgend welchem Grunde zu existieren aufhört, z. B. Erlöschen einer Forderung.

2. Ferner kommen jene Fälle der Leistungsunmöglichkeit in Betracht, welche dadurch herbeigeführt sind, dass der Schuldner selbst durch ein Veräusserungsgeschäft sich der rechtlichen Verfügungsmöglichkeit über die geschuldete Sache begibt.

3. Endlich gibt es eine Reihe von Fällen, in welchen diese Verfügungsmacht dem Schuldner von dritter Seite entzogen wird ohne dass der Gegenstand in seiner Existenz irgendwie berührt wird.

Es ist nun gewiss auf den ersten Blick das eine auffallend, dass diese verschiedenen Arten der Leistungsunmöglichkeit eine wesentliche Verschiedenheit zeigen: die wichtigste ist wohl die, dass im einen Fall (Nr. 1) die Wesenheit des Gegenstandes selbst zerstört wird, während dies bei den andern nicht der Fall ist. Ferner drängt sich sofort der Gedanke auf, wie es zu halten sei, wenn der mittelbare Gegenstand eine individuelle, oder eine Gattungs- oder eine vertretbare Sache ist.

II.

Diese Erwägungen führen zur Berührung der Lehre von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit der Leistung.

Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Erörterungen, auf diese interessante Frage näher einzugehen, allein ganz übergangen kann sie nicht werden. Wenn ein Begriff, wie der der Leistungsunmöglichkeit, gespalten wird, so ist es immer notwendig, sich zu fragen, ob die durch die Spaltung entstandenen Begriffe eine gemeinsame Wurzel haben oder ob vielleicht die Zusammenfassung unter einem Oberbegriff die Folge einer ungerechtfertigten Vermengung heterogener Elemente ist.

Vorauszuschicken ist zunächst die Feststellung, dass die Leistungsunmöglichkeit - und zwar hier im weitesten Sinne des Wortes — ein rein tatsächlicher, kein juristischer Begriff ist, und dass es namentlich nicht möglich ist, diesen Begriff zu definieren, denn die Zurückführung auf einen einfacheren Begriff ist deswegen ausgeschlossen, weil wir es hier mit «einem fundamentalen Begriffe zu tun haben, der wohl erläutert, und beschrieben oder umschrieben, aber nicht definiert werden kann» [1]).

So ist es nur denkbar, dass das Vorliegen eines Falles der Leistungsunmöglichkeit von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der einzelnen Umstände untersucht und festgestellt werden kann. Dann drängt sich sofort die Frage auf, wonach ist die gewöhnliche Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit zu betätigen? Bei der Feststellung dieser bisher angenommenen besonderen Erscheinungsform der Leistungsunmöglichkeit kann man nicht allein die im Einzelfall vorliegenden Voraussetzungen als alleinige Unterscheidungsmomente bezeichnen, sondern hier muss unter allen Umständen ein ein für allemal festgestelltes begriffliches Unterscheidungsmoment vorliegen.

Die Unterscheidung der beiden genannten Begriffe führt zurück auf L. 137 § 5 D 45. 1. Dort ist von impossibile die difficultas unterschieden und mit Rücksicht auf letztere gesagt, sie liege dann vor, wenn zwar nicht dem Schuldner, aber alio die Leistung possibilis est. Aber gerade aus dieser Stelle geht mit Klarheit hervor, dass damit nicht die Unterscheidung von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit begründet werden kann. Die Stelle sagt nämlich: Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile est, jure factam obligationem Sabinus scripsit.

Sie spricht von dem heute sogenannten anfänglichen Unvermögen des Schuldners zur Leistung und sagt mit nicht zu missverstehender Deutlichkeit, dass hier die obligatio jure facta est, d. h. zu Recht besteht, trotzdem der Schuldner in Person zur Leistung unfähig ist.

Gerade daraus nun, dass hier die Obligation als rechtsbeständig erklärt wird, muss gefolgert werden, dass das — bloss in der Person des Schuldners seinen Grund findende — Unvermögen eine von der Leistungsunmöglichkeit vollständig zu trennende juristische Tatsache darstellt. Zweifellos ist es, dass die Ausdrucksweise des B.G.B. «Unvermögen zur Leistung» nicht, wie Kleineidam meint, eine logisch

[1]) Kleineidam a. a. O. S. 13.

gerechtfertigte Trennung der Fälle, die man unter Unvermögen zusammenfasst, von denen der wirklichen Leistungsunmöglichkeit bekunden. Es ist vielmehr durch diese Ausdrucksweise die ganze Frage noch verworrener geworden.

Wir gehen von folgenden Erwägungen aus.

Es ist gar nicht abzusehen, warum die Fälle, in welchen der Schuldner infolge Unvermögens zur Leistung nicht erfüllen kann, anders behandelt werden sollen, als diejenigen, in welchen, nach B.G.B. gesprochen, Leistungsunmöglichkeit vorliegt. Wenn von einem Schuldner eine Leistung nicht bewirkt werden kann, so ist damit Leistungsunmöglichkeit gegeben, ganz gleichgültig, ob die Gründe hiefür bloss in seiner Person liegen, oder ob sie schlechthin, nach den Naturgesetzen zu urteilen unmöglich sind, von Niemand bewirkt werden können. Denn was sollte es für einen Einfluss haben, wenn ein Dritter zur Leistung im Stande ist? Mit Recht sagt Titze[1]), dass ein Rechtsband nur zwischen Gläubiger und Schuldner bei der Obligation besteht. Wenn nun der Schuldner als einzige Person, welche zur Leistung verpflichtet ist, nicht leisten kann, dann ist die Leistung eben unmöglich. Es handelt sich nicht darum, dass der gleiche Effekt erzielt werde, sondern dass der Inhalt der Obligation zur Auswirkung gelange. Dies kann aber auch dann, wenn der Schuldner nur in eigener Person zu leisten verhindert ist, schlechterdings niemals geschehen.

Ganz verfehlt ist der Hinweis Kleineidams[2]) auf L 23, 40, 53 D 46. 3 und im Zusammenhang damit auf § 267 B.G.B. Dieser letztere Paragraph will sagen: falls an Stelle des Schuldners ein Dritter leistet, so ist dies auch als Leistung und damit als Erfüllung der Obligation anzusehen, der Gläubiger kann sich nicht der Leistung des Dritten widersetzen, indem er ihm entgegenhält, er sei nicht Schuldner. Es ist nun nicht ausgeschlossen, dass § 267 auch für die Fälle nachträglicher Leistungsunmöglichkeit von Bedeutung werden kann. Aber dass man damit die Unterscheidung von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit begründen kann, ist ausgeschlossen. Denn man kann nicht argumentieren: «Deswegen, weil ein Dritter zu leisten im Stande ist, d. h. den Effekt erzielen kann, den die Obligation zu erzielen bestimmt war, deswegen kann auf Seite des Schuldners keine Leistungsunmöglichkeit eintreten, so

[1]) Titze, die Leistungsunmöglichkeit nach deutschem Bürg. Rechte (Leipzig 1900, S. 117). Vgl. auch Kleineidam a. a. O. 117.

[2]) A. a. O. S. 5.

lange die Erfüllungsmöglichkeit auf Seite eines Dritten gegeben ist».

Das Ergebnis dieser Erwägungen besteht darin, dass ein Unvermögen zur Leistung als etwas im Gegensatz zur Leistungsunmöglichkeit sich stellendes und dennoch der Wirkung nach mit diesem analoges Verhältnis nicht gedacht werden kann. Es gibt nur eine Leistungsunmöglichkeit, auch dann, wenn die Leistung alio possibilis est.

Man bedenke: den Ausgangspunkt für die ganze Unmöglichkeitslehre gibt immer die Erwägung, dass der mittelbare Gegenstand der obligatorischen Rechtsbeziehungen der Vernichtungsmöglichkeit ausgesetzt ist. Diese Vernichtungsmöglichkeit besteht auch bei Sachen, die nur der Gattung nach geschuldet werden, und die Unterscheidung von subjektiver und objektiver Unmöglichkeit führt lediglich darauf zurück, dass Sachen geschuldet werden die in ihrer Eigenschaft als mittelbarer Gegenstand nicht individuell bebestimmt sind; d. h. in diesen Fällen: alio possibile est, einen derartigen Gegenstand zu leisten. Nach unserer Auffassung liegt auch hier Leistungsunmöglichkeit vor und der Schuldner braucht nicht mehr zu leisten.

§ 275 Abs. 2 kommt dieser Anschauung vollständig entgegen. Nun aber § 279! Es ist, wie oben gesagt, der Gedanke der subjektiven Leistungsunmöglichkeit nur bei Leistung von körperlicher Sache als Gattungssache und bei Leistung vertretbarer Dienste (Arbeit) von wirklicher Bedeutung. Nun unterscheidet § 279 ein Unvermögen bei Gattungssachen, und ein Unvermögen bei individuellen Gegenständen. Anders kann § 279 nicht verstanden werden. Damit aber ist eine neuerliche Verwirrung der Begriffe gegeben.

Richtiger wäre vielleicht die Unterscheidung von individuellen Gegenständen und Gegenständen, welche vertretbare Sachen sind. Hier könnte man vielleicht davon reden, dass, wenn Jemand z. B. «Mehl» schlechthin verkauft und die verkaufte Menge durch Vermengung vollständig unbrauchbar gemacht wäre, er nicht von seiner Verpflichtung eine gleiche Quantität Mehl zu liefern, frei sein würde, so dass eine Anwendung des § 281 hier ausgeschlossen wäre. Dann läge wohl Unvermögen des Schuldners zur Leistung vor, aber dies wäre der Natur der Sache nach in den meisten derartigen Fällen nur vorübergehend (vergl. S. 22 Note 2) und zwar hätte hier die spätere Behebung des Unvermögens ihren Grund nicht in äusserer Zufälligkeit, sondern folgte aus dem Wesen des hier in Frage stehenden Leistungs-

gegenstandes als vertretbare Sache. Diese Fälle unter die Leistungsunmöglichkeit einzureihen, besteht nicht der mindeste Anlass[1] [2]). Dagegen kann bei Leistung von Gattungssachen im Fall der Vernichtung der Sache wohl eine wirkliche Leistungsunmöglichkeit vorliegen[3]). Was vertretbare Dienstleistungen anlangt, so gilt das Gleiche für vertretbare Sachen: wird die Leistung unmöglich, ohne dass am Zeitpunkt (oder hier auch Ort) der Leistung etwas liegt, so ist keine Unmöglichkeit der Leistung gegeben (cfr. Note 1). Ist an Zeit (resp. Ort) etwas gelegen, so liegt nicht subjektive, sondern objektive Leistungsunmöglichkeit vor. So de lege ferenda. § 279 wie § 275 stehen nicht auf diesem Standpunkte: man muss sich, so gut es eben geht, mit ihnen abfinden.

III.

Die Leistungsunmöglichkeit ist ein sogenanntes juristisches Ereignis, ein nur der Welt der Tatsachen angehöriger Vorgang an, welchen rechtliche Folgen gebunden werden (ähnlich wie in § 823 B.G.B. an die Tatsache der Verletzung des Lebens u. s. w. rechtliche Folgen sich knüpfen).

Die Gründe, durch welche sie hervorgerufen wird, können natürlich mannigfaltiger Art sein. In erster Linie wird immer an diejenige Ursache gedacht werden müssen, welche die Römer casus nannten. «Casus» ist[4]) in der Sprache des römischen Rechtes und des gemeinen Rechtes immer der Fall der Zerstörung des mittelbaren Gegenstandes obligatorischer Rechtsbeziehungen ohne Verschulden der in dieser Rechtsbeziehung zu einander stehenden Personen. Damit ist natürlich nicht gesagt, dass die Fälle der Leistungs-

---

[1]) Insoweit ist Brinz, Lehrb. d. Pandekten (1879), Bd. II. Abt. I, § 245, zuzustimmen.

[2]) Hat der Gläubiger am Zeitpunkt der Leistung ein bes. Interesse, so liegt wirkliche (i. S. des Gesetzes objektive) Leistungsunmöglichkeit vor.

[3]) Z. B. ein Pferdehändler hat irgend ein nicht näher bestimmtes Pferd verkauft. Es verendet vor der Uebergabe. Hier wird keine Leistungsunmöglichkeit anzunehmen sein, weil der Schuldner Pferdehändler ist. Wenn dagegen ein Oekonom, der z. B. jährlich nur ein oder zwei Füllen bekommt, sie verkauft und durch Verenden derselben an der Leistung gehindert wird, so kann es fraglich sein, ob Leistungsunmöglichkeit vorliegt. Wirtschaftliche Gründe sprechen zweifellos für diese Unterscheidung. Ersterer wird seinen Betrieb so einrichten, dass ihm derartige Verluste keinen zu grossen Schaden bringen, letzterer dagegen macht solche Geschäfte nur einmal jährlich und nur unter der Voraussetzung, dass er überhaupt junge Pferde erhält.

[4]) Pand. Lehrb. v. Brinz, Bd. II, § 276; Dernburg (1900), Bd. II, § 68; Vangerow (1876), Bd. III, § 569; Puchta (1853), § 302.

unmöglichkeit sich darauf beschränken müssen oder sich tatsächlich darauf beschränken.

Im Gegenteil, wie in der zweiten Abteilung Nr. I, Ziff. 2 des I. Teiles (S. 18) gezeigt ist, gibt es eine Reihe von Fällen, die man ohne Zweifel unter die Leistungsunmöglichkeit einzureihen haben wird ohne dass ein Casus als Grundlage vorliegt. Denn nicht in allen diesen Fällen hat man es mit einer Zerstörung des mittelbaren Gegenstandes zu tun.

An und für sich nun ist der Grund der Leistungsunmöglichkeit für ihre Wirkung gleichgültig, namentlich ist es gleichgültig, ob der casus seinerseits tatsächlicher oder rechtlicher Art ist.

Zurückzuweisen ist die sonderbare Unterscheidung, welche Hartmann[1]) zwischen natürlichem und juristischem casus machen will, der darin seine Wirkung zeigen soll, dass bei letzterem der römische Satz periculum est emptoris eine Einschränkung erfahren soll. Diese Wirkung soll darin ihren Grund haben, dass die Voraussetzungen, welche ihrerseits den casus selbst bedingen, hier in der Rechtsordnung liegen[2]).

Die Ausführungen Hartmanns sind im übrigen auch für das Gebiet des B.G.B. deswegen nicht ohne Bedeutung, weil er am Schlusse derselben Fälle aufzählt, welche überhaupt nicht unter den Begriff des casus fallen. Es liegt die Gefahr nahe, diese Fälle auch heute noch unter den casus d. h. in der Sprache des B.G.B. unter die Unmöglichkeit der Leistung einzureihen und die Folgen der Unmöglichkeit nach B.G.B. auf sie anzuwenden. Folge davon wäre natürlich auch die Anwendung des § 281 auf dieselben. Dies wäre gänzlich falsch. In den Fällen, welche hier gemeint sind, wird die Leistungsunmöglichkeit nicht dadurch hervorgerufen, dass der mittelbare Gegenstand oder die rechtliche Verfügungsmacht über demselben dem Schuldner genommen wird, sondern hier wird der unmittelbare Gegenstand selbst und damit die rechtliche Beziehung als solche zerstört. Es ist nötig, hier das Causalverhältnis richtig zu erfassen: bei den Fällen der wirklichen Leistungsunmöglichkeit ist das Verhältnis dieses, dass der mittelbare Gegenstand, wie wir ihn in Abt. I gefunden haben, einer event.

---

[1]) Iherings Jahrb. f. Dog. Bd. 22, S. 418 ff.

[2]) Ein weiterer Grund ist für Hartmann das Fehlen quellenmässiger Belege. Hartmann findet nur eine einzige Stelle, welche vielleicht als Gegenargument angeführt werden könnte.

Modifikation unterworfen wird, während bei den Fällen, die wir hier im Auge haben, der unmittelbare Gegenstand als solcher betroffen wird, die obligatorischen Beziehungen daher in sich zusammenstürzen und aus diesem Grunde die Leistungspflicht natürlich logisch notwendig verschwindet. Es sind darunter die verhältnismässig seltenen Fälle zu begreifen, in welchen z. B. im römischen Rechte bestimmte Gegenstände extra commercium gesetzt wurden; in unserer Zeit etwa der Fall, dass infolge einer Revolution das neue Staatshaupt, vorausgesetzt, dass es im Besitze der Staatsgewalt zu betrachten ist, gewisse Schuldverhältnisse als erloschen erklärt; auch der Fall des Ausfuhrverbotes dürfte hierunter zu rechnen sein.

III. Abteilung.

Folgen der Leistungsunmöglichkeit.

I.

Das Problem, um welches es sich im Folgenden handelt, sei gleich an die Spitze gestellt: Es ist die Frage, ob durch die Leistungsunmöglichkeit die Rechtsbeziehungen der Obligation erlöschen oder nicht.

Es soll der Versuch gemacht werden, im Interesse der Auffindung einer einheitlichen Grundlage für die Behandlung der ganzen Lehre von der Leistungsunmöglichkeit und auf der Basis der vorstehenden Ausführungen die Ansicht zu begründen, dass die Leistungsunmöglichkeit prinzipiell eine Endigung der Rechtsbeziehungen **nicht** zur Folge hat, selbst nicht, wenn die Unmöglichkeit eine nicht zu vertretende ist.

Das Argument wird genommen aus der in Abt. I gemachten Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Gegenstande und dem diesen Begriffen gegenüber gestellten Begriffe des Inhaltes der obligatorischen Rechtsbeziehung.

Es ist zunächst hier den Ausführungen von Kleineidam gegenüberzutreten[1]). Derselbe sagt, dass die vernichtende Wirkung der Unmöglichkeit der Leistung aus der Natur der Sache folge und beruft sich auf seine Ausführungen auf S. 83, wo er unter Hinweis auf die Motive zu E I des B.G.B. II S. 45 sagt, dass diese Wirkung mit logischer Notwendigkeit aus der Unmöglichkeit folge. Seite 83

[1]) A. a. O. S. 106 ff.

aber ist die Rede von der anfänglichen Unmöglichkeit der Leistung, er überträgt diese Anschauung scheinbar auf die nachfolgende Unmöglichkeit und sagt S. 108, dass die vernichtende Wirkung der Unmöglichkeit (also auch der nachträglichen) aus der Natur der Sache folge. Daher, so folgert er weiter, wird man im Falle des § 280, über welchen er an dieser Stelle spricht, nicht sagen können, dass die Schadenersatzpflicht neben die unberührt weiterbestehende Leistungspflicht tritt, sondern man wird nicht verhindert, trotz des Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung anzunehmen, dass der ursprüngliche Inhalt im Falle des § 280 vollständig ausscheidet und das Schuldverhältnis nunmehr mit einem andern Inhalte weiterbesteht.

Diese Ausführungen sind von unserm Standpunkt aus, der den Inhalt rechtlicher Beziehung in etwas ganz anderem erblickt als Kleineidam, in ihrer Totalität zurückzuweisen. Kleineidam scheint hier sagen zu wollen, dass sich die vernichtende Wirkung der Leistungsunmöglichkeit bei vertretbarer Unmöglichkeit nicht auf die Rechtsbeziehungen als solche bezieht, sondern nur auf den Inhalt derselben, worunter er dann die auf den ursprünglichen Gegenstand gerichtete Leistungspflicht besteht. Dagegen nimmt er S. 93 für die Fälle der unverschuldeten resp. nicht zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit kurzweg an, dass nach § 275 hier eine Endigung der Rechtsbeziehungen eintritt. Man kann immerhin noch, dem Gesetzestexte folgend, die Ansicht, welche hinsichtlich der Wirkung der Leistungsunmöglichkeit auf die Rechtsbeziehungen einen Unterschied zwischen vertretbarer und nicht vertretbarer Unmöglichkeit annimmt, für erklärlich erachten, aber wie der Autor dazu kommt, sich bei der vernichtenden Wirkung der Unmöglichkeit auf die anfängliche Unmöglichkeit zu berufen, und dann trotzdem zu sagen, dass aus dem gleichen Grunde bei der nachträglichen Unmöglichkeit eine Vernichtung nur hinsichtlich des ursprünglichen Inhaltes stattfinde, ist nicht voll erklärbar.

Die ursprüngliche Unmöglichkeit hat nach dem Gesetze die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge[1]) also die Wirkung, dass Rechtsbeziehungen überhaupt nicht zur Entstehung kommen können. Es ist nicht erfindlich, wie man diese ganz natürliche Wirkung der anfänglichen Unmöglichkeit als Begründung dafür nehmen kann, dass bei vertretbarer nach-

[1]) Ganz richtig ist die anfängliche Unmöglichkeit in die Lehre von den Verträgen eingereiht, denn bei Verpflichtungen, die nicht aus Verträgen herrühren (deliktische oder direkt auf Gesetz beruhende Schuldverhältnisse) wird schwer ein Fall anfänglicher Unmöglichkeit zu konstruiren sein.

folgender Unmöglichkeit lediglich der Inhalt der Obligation zerstört wird.

Es zeigt sich hier wiederum die Folge der Ausdrucksweise des Gesetzes, die unbedingt irreführt. § 275 spricht von einem Freiwerden von der Verpflichtung zur Leistung. Mit Rücksicht auf das römische und gemeine Recht und viele moderne Gesetzgebungen hat man gemeinhin an der Ansicht festgehalten, und derselben im B.G.B. 275 Ausdruck verliehen, dass durch die nicht vertretbare nachfolgende Unmöglichkeit die rechtlichen Beziehungen erlöschen und dass sie bei vertretbarer Unmöglichkeit mit verändertem Inhalt fortbestehen.

II.

Wir aber sagen, mit Rücksicht auf die Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Gegenstand einerseits und dem Inhalt obligatorischer Rechtsbeziehungen andererseits folgendes:

Bei der anfänglichen Unmöglichkeit ist es ein Gebot der Logik zu sagen, es fehle hier nicht nur an mittelbarem Gegenstande, sondern es fehle namentlich am Inhalt der Rechtsbeziehungen in dem von uns angenommenen Sinne. Denn es ist hier der wirtschaftliche Zweck, welcher mit Position obligatorischer Rechtsbeziehungen verfolgt wird, von vorneherein nicht erreichbar. Es fehlt somit nicht bloss an dem Dinge, um dessentwillen die rechtlichen Beziehungen begründet werden, an dem Substrat für das metaphysische Ding, welches man Rechtsbeziehung nennt, sondern es fehlt an diesem metaphysischen Dinge selbst ein Essentiale, nämlich dem Inhalt, also dem Teile desselben, der sich im Wirksamwerden der Rechtsbeziehungen äussern soll. Es ist daher hier notwendig ein Nichtzustandekommen der Rechtsbeziehung anzunehmen.

Dagegen liegt bei der nachträglichen Unmöglichkeit die Sache vollständig anders. Es sind hier bereits Rechtsbeziehungen entstanden. Der unmittelbare Gegenstand und der Inhalt ist gegeben. Es wird nur der mittelbare Gegenstand nachträglich als Objekt, auf welches der Inhalt seine Wirkung äussern soll, dieser Wirkungssphäre entzogen. Es folgt durchaus nicht mit logischer Notwendigkeit, hier eine Vernichtung der Rechtsbeziehungen anzunehmen, es ist im Gegenteil logischer, sie fortbestehen zu lassen aus folgenden Gründen: Eine Rechtsbeziehung war in Wirklichkeit entstanden. Sie hat als Essentiale einerseits den unmittelbaren Gegenstand, die Willensbindung, andererseits die ihr inne-

wohnenden potentiellen Faktoren, die bei ihrem Wirksamwerden den Inhalt darstellen. Der mittelbare Gegenstand als solcher steht mit diesen Elementen in keiner inneren Beziehung (cfr. S. 10), er ist nur der Gegenstand, um dessentwillen die Rechtsbeziehungen errichtet werden. Man könnte daher bei Wegfall des letzteren ein Aufhören der Rechtsbeziehung nicht aus Gründen der Logik, sondern höchstens daraus folgern, dass ein derartiges Rechtsverhältnis ohne praktische Bedeutung ist, wie denn auch das B.G.B. auf diesem Standpunkte steht.

Noch eine andere Erwägung führt dazu, die Fortdauer der rechtlichen Beziehungen unter den angenommenen Voraussetzungen als kein logisches Unding erscheinen zu lassen. Es ist oben ausgeführt, dass die eigentliche Leistung bei allen rechtlichen Verhältnissen in einem Setzen von Willensreizen besteht und dass die dinglichen Rechtsbeziehungen und die obligatorischen Rechtsbeziehungen auf ein Unterlassen einerseits und die obligatorischen Rechtsbeziehungen auf ein positives Handeln andererseits sich wesentlich nur dadurch unterscheiden, dass der der Willensbindung entsprechend entstandene Willensentschluss im ersteren Falle keiner Auswirkung in der Aussenwelt teilhaftig wird, während im letzteren Fall die Willensentschliessung sich in die Tat umsetzt. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, gibt es auch bei den dinglichen Rechtsbeziehungen und bei den obligatorischen Rechtsbeziehungen auf ein Unterlassen eine Leistungsunmöglichkeit, insoferne nämlich, als Fälle eintreten können, in welchen der Verpflichtete nicht mehr im Stande ist, den Willensentschluss, der auf Verhinderung von Wirkungen in der Aussenwelt gerichtet ist durchzuführen, sondern durch die Macht äusserer Verhältnisse zum Handeln gezwungen wird[1]).

Nun besteht bei den dinglichen Rechtsbeziehungen naturgemäss die Eigentümlichkeit, dass sie darin ihren Bestand haben, dass die Leistung der Verpflichteten, sich Handlungen zu enthalten, fortwährend betätigt wird. Es kommt sozusagen der Willensentschluss in jedem Momente neu zu Stande und synthetisch betrachtet, ergibt sich der Zustand ständig fortdauernder Willenstätigkeit, in welcher zugleich

---

[1]) Bei den dinglichen Rechten gibt es wirklich eine Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen. Denn hier können Fälle eintreten, in welchen keiner der Verpflichteten im Stande ist, seinen Willensentschluss durchzuführen, und Fälle bei welchen dies nur bei einzelnen der Verpflichteten sich ereignet (Notstand). Praktisch wird allerdings nur der letztere Fall werden können.

der Erfolg, welcher bezweckt wird, sich darstellt: das dingliche Recht hat darin seinen Bestand, dass erfüllt wird. Daher stürzt in den Fällen, in welchen alle als Verpflichtete in Betracht kommende Subjekte diese Willenstätigkeit nicht mehr zu leisten vermögen, das Rechtsverhältnis in sich zusammen.

Bei den obligatorischen Rechtsbeziehungen auf ein Handeln aber ist der Willensentschluss ein einmaliger, das Rechtsverhältniss besteht nicht darin, dass der Wille wirksam wird, sondern im Gegenteil es erschöpft sich in der Auswirkung des Willens. Der bezweckte Erfolg liegt hier ausserhalb der Leistung, das obligatorische Rechtsverhältnis auf ein positives Handeln erreicht mit der Leistung sein Ende.

Der Umstand, dass die Leistung hier nicht darin besteht, dass ein Willensentschluss zu Stande kommt, sondern dass infolge des Willensentschlusses erst eine Auswirkung in der Aussenwelt stattfinden muss, hat zur Folge, dass, wenn dieser äussere Erfolg nicht mehr möglich ist, deswegen durchaus nicht die Willenstätigkeit als solche ebenfalls unmöglich werden muss, es fehlt nur an einem Objekt, an welchem sich die Richtung des Willensentschlusses dokumentieren könnte.

III.

Auf dieser Grundlage wäre eine einheitliche und manchen Streit ersparende Behandlung und Regelung der Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit denkbar.

Es würde sich unter Hinweglassung der innerlich ungerechtfertigten, verhängnisvollen Unterscheidung von objektiver und subjektiver Leistungsunmöglichkeit die Regelung in ungefähr folgender Weise gestalten: Die trotz der Unmöglichkeit weiter bestehende (cfr. Nr. II, Seite 26—28) abstrakte Willensbindung hat zur Folge, dass in allen Fällen — zu vertretende Unmöglichkeit hier ganz abseits gelassen, — in welchen eine Ablenkung der Obligation respektive ihres Inhalts (cfr. Seite 12 oben) in einer anderen Richtung tatsächlich möglich erscheint, (Surrogat) die Obligation einfach unter Substituierung dieses neuen mittelbaren Gegenstandes weiter existiert, während sie, wenn diese Ablenkung nicht möglich ist, zwar nicht erloschen ist, aber, irgend eines Wirkungsfeldes beraubt, ohne Wirkungsmöglichkeit weiterbesteht.

Praktisch würde der Erfolg der sein, dass, wenn der Schuldner an Stelle des unmöglich zu leistenden Gegenstandes (ohne animus donendi) etwas anderes leistet, dies

von ihm nicht kondiziert werden könnte, m. a. W., dass die Gefahr nicht unter allen Umständen auf den Schultern des Gläubigers lasten bliebe. So de lege ferenda.

Indess ist es bei der Fassung der §§ 275, 279, 280 und 281 B.G.B. nicht möglich, solche Grundsätze dem Gesetzbuche unterschieben zu wollen.

Es schliesst sich das B.G.B. mit einigen, das Wesen der Sache unberührt lassenden Aenderungen, in der ganzen Behandlung der Lehre von der Leistungsunmöglichkeit dem gemeinen Rechte an und gibt daher den früher schon bestehenden Kontroversen z. T. neue Nahrung.

Die Folge davon ist, dass das Gesetzbuch die Wirkung der nachträglichen Unmöglichkeit — zwar nicht mehr im Kapitel Endigung der Obligation — aber doch in § 275 in einer Weise regelt, die auf dem gemeinen Rechte fusst. Es ist nicht möglich, beim Wortlaute desselben die sub Nr. II (S. 26—28) vertretene Anschauung in denselben hineinzutragen. Man kann gewiss der Ansicht sein, dass die Regelung der Frage, in § 275 praktisch den Bedürfnissen entspricht; dass man, wenn man die §§ 279 und insbes. 281, auch 323 damit vergleicht, das Gefühl erzwungener Konstruktion[1]) hat, ist nicht zu leugnen.

Wie sich der Anspruch auf Grund des § 281 nach positivem Rechte erklärt und darstellt, wird unten zu zeigen sein. (Siehe S. 85 fl.)

II. Teil.

Das römische und römisch-gemeine Recht.

I. Abteilung.

Im Allgemeinen.

Es ist eine bekannte Tatsache, dass das Obligationenrecht des B.G.B. im Wesentlichen eine letzte, unseren modernen Verhältnissen angepasste Ueberarbeitung des bereits im gemeinen Rechte entsprechend fortgebildeten römischen Rechtes ist, in welcher allerdings an manchen Stellen statt

---

[1]) Vergl. auch Titze, die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürg. Rechte. (Leipzig 1900). S. 115.

der dem deutschen Rechtsempfinden nimmermehr zusagenden Grundsätze römischen Ursprungs, der eigenen, neuesten Rechtsentwicklung entsprossene[1]) Prinzipien gesetzt worden sind. Es ist nun nicht bloss von theoretischem und historischem Interesse, die Geschichte einzelner Rechtssätze und Rechtsinstitute zurückzuverfolgen durch ihre Entwicklungsgeschichte im gemeinen Rechte bis zu den Quellen des reinen römischen Rechtes, eine Aufgabe, die bei der eingehenden, zum Teil abgerundeten Darstellung der typischen Formen der Rechtsinstitute des Privatrechtes im corpus juris noch verhältnismässig leicht, um so schwieriger wird, je mehr ein Satz, der scheinbar ein Prinzip aussprechend nur da und dort in verschiedener Form zu Tage tritt, in seiner Bedeutung und Tragweite keineswegs klar und in seinem Zwecke und letzten Grunde nur schwer erkennbar ist.

Es sind hier namentlich die sogenannten allgemeinen Regeln des Obligationenrechtes gemeint, die in den Quellen nicht wie in modernen Gesetzbüchern der Regelung der einzelnen Rechtsgeschäfte vorangestellt und somit schon äusserlich als leitende Prinzipien erkennbar sind, sondern in kasuistischer Weise bei den einzelnen rechtsgeschäftlichen Typen, der inneren Struktur derselben entsprechend und daher stets unter anderen Gesichtspunkten, behandelt werden. Dass daher schon über ihr Wesen als allgemeine Sätze vielfacher Streit entstand, und wie ein Blick in die Litteratur zeigt, bis an das Ende der Tage des römischen Rechts fortgedauert hat, ohne ein für allemal gelöst zu werden, ist wohl verständlich, und es gehören die Kontroversen und deren Erörterungen auf diesem Gebiete zu den feinsten und geistreichsten Problemen, welche die Rechtswissenschaft überhaupt aufzuweisen hat.

Im Anschlusse nun an § 281 des B.G.B., eines im allgemeinen Teil des Obligationenrechtes sich findenden leitenden Grundsatzes, als Vorwurf dieser Abhandlung, ergibt sich die Frage: Ist das ein Rechtssatz, der unserer neuesten Rechtsentwickelung entstammt, oder hat er vielleicht, wenn auch in etwas modifizierter Art, schon im römischen Rechte existiert und seine Geltung im römisch-gemeinen Rechte beibehalten?[2])

---

[1]) Vergl. hier insbesondere all die aus dem alten H.G.B. ins B.G.B. übernommenen Sätze.

[2]) Es wird z. B. von Kuhlenbeck Kommentar zum B.G.B. bei Erörterung des § 281 der Satz aufgestellt, es enthält dieser Paragraph nichts weiter als das gemeinrechtliche Prinzip vom stellvertretenden commodum, es sind ferner eine Reihe von Kommentaren, die gelegentlich der Erklärung

Zunächst ist es der Begriff des «periculum» der hiebei als wichtigster sich uns aufweist und der als Ausgangspunkt für die folgenden Ausführungen uns schon einen Fingerzeig auf die innere Verwandtschaft des § 281 und des erwähnten römischen Satzes gibt. Dieser Begriff bindet an an die Tatsache der schädigenden Beeinflussung der mittelbaren Rechtsgegenstände und im weitesten Sinne bezeichnet periculum [= Gefahr] die Beziehung solcher objektiv vorhandener Beeinflussung tatsächlicher Art zu dem Subjekte, welches in irgend einer Weise an dem Gegenstande interessiert[1]) ist und dessen Güterbestand von solchen Veränderungen in Mitleidenschaft gezogen wird. Es unterliegt keinem Zweifel, dass zunächst ein «Tragen der Gefahr», d. h. ein Erleiden wirtschaftlicher Nachteile infolge solcher schädigender Einflüsse und der dadurch bewirkten Veränderungen im ganzen Gebiete des Vermögensrechtes als möglich gedacht werden kann, ohne dass man zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsbeziehungen einen wesentlichen Unterschied zu finden vermöchte. Diese «Gefahr»[2]) im weiteren Sinne aber deckt sich nicht mit dem Begriffe des römischen periculum, und in der Tat ist die Terminologie in der Richtung[3]) eine bestimmte, dass der Begriff periculum im Sinne von «Gefahr tragen» nur dem Gebiete des Obligationenrechtes angehört[4]) und nur hier das Tragen der Gefahr von juristischem Interesse ist. Hier bedeutet das «Tragen der Gefahr» den von rechtswegen der einen oder anderen Partei aufgebürdete, durch das zufällige Unmöglichwerden der Leistung hervorgerufenen Nachteil[5]) ohne

---

des § 281 auf den römischen Satz cuius est periculum, ejus est commodum hinweisen, und es wird Aufgabe der folgenden Untersuchung sein, zu zeigen, dass in der Tat dieses sogenannte Prinzip, das in diesem Satz ähnlich einer mathematischen Formel seinen Ausdruck gefunden hat, eng mit dem § 281, wenigstens historisch, wenn auch nicht dogmatisch zusammenhängt.

[1]) Hofmann § 1. S. 1. «Das periculum b. Kaufe». Nicht ganz richtig ist die Ausdrucksweise, «wenn mehrere Personen gleichzeitig zu einem Gut in rechtlicher Beziehung stehen». Wie wir im I. Teil gesehen haben, können überhaupt nur Menschen in rechtlicher Beziehung stehen, und mittelbarer Gegenstand ist dann das Gut. Die Beziehung zwischen den Menschen und dem Gute ist genau genommen immer nur tatsächlich.

[2]) Diese Gefahr wird auch periculum genannt.

[3]) Allerdings ist innerhalb dieser Grenze eine Schwankung im Sprachgebrauche zu bemerken, die weiter unten des näheren zu berühren ist. Hofmann § 2. a. a. O. Anm. 1 und 2.

[4]) Siehe Mommsen, Erörterungen Heft I, S. 3.

[5]) Vergl. Hosens «Wer trägt bei Obligationen die Gefahr?» (Inaug.-Diss. 1865), S. 2. Wächter, Archiv f. Civil-Praxis. Bd. XV, S. 99 ff. Hofmann § 1, S. 3, Anm. 11 (a. a. O.).

dass im Einzelnfall besondere Bestimmungen z. B. durch Nebenvertrag getroffen sind[1]).

In den Quellen findet sich nunmehr der bekannte Satz, der auf den ersten Blick sich auf diesen Begriff zu gründen und eine Fundamentalregel des Systems des Vermögensrechtes zu sein scheint, und dieser Satz lautet: Nam et commodum ejus esse debet, cuius est periculum. § 3. J. 3. 24.

Die Bedeutung dieser Regel als Formel, mit der man namentlich alle jene Fälle, wo der Begriff periculum eine Rolle spielt, mechanisch lösen zu können glaubt, liegt scheinbar klar zu Tage, und Ihering sagt mit Rücksicht auf diese Meinung Seite 1 in seiner Abhandlung aus dem[2]) römischen Rechte: diese Regel erscheint auf den ersten Blick so palpabel, dass man, wie der Anwendung derselben die Schwierigkeit, so einer theoretischen Ausführung derselben das Interesse absprechen könnte[3]).

Ausserdem erscheint dieselbe in einer Reihe von Stellen in anderem Gewande, aber doch mit der nämlichen Bedeutung. Nimmt man die oben festgestellte (S. 31) Bedeutung des Begriffes periculum als Voraussetzung, und betrachtet die daran gebundene Folge der Zuteilung des commodum, so glaubt man in der Tat in diesem so einfachen Satze das dem § 281 des B.G.B. im Grunde[4]) entsprechende Prinzip des römischen und römisch-gemeinen Rechtes gefunden zu

---

(Vangerow a. a. O. Bd. III, § 591). Das schliesst nicht aus dass das Wort auch in einem andern Sinne an vielen Stellen sich findet. S. Note 3.

[1]) Sind solche getroffen, dann erübrigen sich ohnehin alle Zweifel darüber, wem man den Schaden aufbürden soll. Dieses Tragen der Gefahr äussert sich natürlich in verschiedenen Wirkungen, namentlich mit Rücksicht auf die Unterscheidung zwischen einseitigen und zweiseitigen Vertrag. Vergl. Brinz a. a. O. 2. 1. § 277. Hosens a. a. O. S. 5. II. Hofmann a. a. O. § 1. Wächter, Archiv f. Civil-Pr. Bd. XV, S. 99 ff. Vangerow, Pand. III, § 591. Für die Ueberleitung im G.B.G. Kuhlenbeck: «Von den Pand. z. B.G.B.» (Berlin 1898). Bd. II, S. 69 ff. Diese im Einzelnen wieder sehr bestrittenen Fragen können hier als nicht von Bedeutung übergangen werden. (Vergl. Wächter: «Die Frage über die Folge des Zufalls bei Obligationen teilt mit so mancher praktischen, wichtigen Lehre des positiven Rechtes das Schicksal, Jahrhunderte hindurch nicht bloss in Detailpunkten, sondern zum Teil selbst im Prinzip bestritten zu sein»).

[2]) Ihering, Abhandlungen aus dem römischen Rechte (Leipzig 1844).

[3]) Vergl. auch die Einleitung bei Mommsen, Erörterungen, Heft I. Dagegen scheint die Stelle L 10 D 10, 17, die Ihering und Mommsen als gleichbedeutend heranziehen, viel weitere Grenzen zu haben, denn man kann doch nicht wohl incommodum mit periculum identisch erklären.

[4]) Aber nur im Grunde, denn in der Tat ist § 281 sowohl was Voraussetzungen als was das Anwendungsgebiet anlangt, auf ganz neue Grundlage gestellt.

haben; man braucht ja nur die Voraussetzung, «cuius est periculum» lediglich auf den Gläubiger zu beziehen und zu sagen: Wenn das periculum den Gläubiger trifft, dann erhält er das commodum.

Wie in jeder Wissenschaft, so zeigt sich auch hier die Erscheinung, dass eine Schablonisierung, ein kritikloses Hantieren mit allgemeinen Formeln zu unhaltbaren Ergebnissen führt, und eingehende Untersuchungen haben gezeigt, dass von einem allgemeinen Prinzip in dem Satze cuius est periculum, ejus est commodum keine Spur vorhanden ist, und dass selbst da, wo wirklich eine gewisse Gruppe von Fällen sich darnach beurteilen lassen, zahlreiche Ausnahmen die Regel durchbrechen.

Zunächst hat Ihering (S. 32, Note 2) gefunden, dass die Regel bei dinglichen Ansprüchen nicht schlechtweg zutrifft[1]). Allerdings ist dabei vorausgesetzt, dass unter commodum das lucrum ex negotatione zu verstehen sei, und das lucrum ex re andern Regeln unterliege.

Der Grund aber, warum die Regel hier nicht zutrifft, ist nicht, dass ein lucrum ex negotatione vorliegt, sondern dass bei dinglichen Ansprüchen überhaupt von der Anwendung unseres Satzes keine Rede sein kann, nimmt man commodum in welchem Sinne nur immer. Insbesondere erscheint ihm L 21 D 18. 4 als eine unbestreitbare Ausnahme von dem von ihm zur Entscheidung seiner Frage: «In wieweit muss derjenige, der eine Sache herauszugeben hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben»[2]) herangezogenen Satze cuius est periculum ejus est commodum.

Die Untersuchungen von Wächter im Archiv f. Civil-Pr. Bd. XV, S. 99 ff., haben nun das neue Resultat zu Tage gefördert, dass der Begriff des periculum aufs Genaueste umgrenzt wurde, und dass derselbe nur dort gebraucht wird, wo dem Sachverhalte eine durch ein obligatorisches Band geschaffene Interesseverknüpfung zu Grunde liegt. Es ist dort gezeigt, dass das Wort periculum nur gebraucht werden kann als Bezeichnung für die Rechtsfolge eines casus, die den mittelbaren Gegenstandes eines obligatorischen Rechtsverhältnisses benachteiligend getroffen

---

[1]) Bei der rei vindicatio sucht er allerdings dies Resultat damit zu entfernen, dass er das pretium in L 17 pr D. 6. 1. im Sinne von «Sachwert», nicht von «Kaufpreis» interpretiert.

[2]) Wie aus diesem Titel der Iheringschen Abhandlung hervorgeht, liegt hier noch eine Auffassung zu Grunde, dass der Satz cuius est periculum u. s w. ein dem ganzen Vermögensrechte zu Grunde liegendes allgemeines Prinzip sei.

hat. Unter casus schlechthin versteht man zwar in der Sprache des gemeinen Rechts immer den durch Zufall eintretenden Untergang oder die zufällig eintretende Verschlechterung eines Gegenstandes und die dadurch verursachte Leistungsunmöglichkeit[1]). Es zeigt sich aber, dass periculum nicht nur auf diesen Fall, sondern auch auf die sogenannten Fälle des juristischen casus, in welchen die Leistungsunmöglichkeit zwar nicht durch physischen Untergang des Gegenstandes hervorgerufen ist, aber sich gründet auf den Umstand, dass dem Schuldner aus rechtlichen Gründen die Leistung des Gegenstandes nicht mehr möglich ist, angewendet werden kann. Es ist das sehr wichtige Ergebnis Wächters, dass der Satz casum sentit dominus zwar eine ganz unumstössliche Wahrheit ausdrückt, aber in keiner zu brauchen ist, wenn es gilt, die Wirkung des casus bei obligatorischem Rechtsverhältnis festzustellen. Es muss dieser Satz in seiner Geltung vollständig auf das Gebiet des dinglichen Rechtes beschränkt sein, wo er, wie Kuhlenbeck in dem auf Seite 32 cit. Werke richtig sagt, eine Trivialität ist, d. h. eine Selbstverständlichkeit wiedergibt, die aus dem Wesen des dinglichen Rechts ohne weiters folgt.

Wollte man auch wirklich im Gebiete der dinglichen Rechte von einem periculum eines etwa eintretenden casus reden, so besteht kein Interesse, zu fragen, wer dieses periculum bei dinglichen Rechtsbeziehungen trüge, denn es ist einfach die Kehrseite der im Zwecke des dinglichen Rechtes liegenden Verstrickung eines Gutes in der Macht eines Einzelnen, dass nun der, der von der Beherrschung alle andern ausschliessen konnte, auch mit Ausschluss aller andern den Verlust des Gutes trägt. Das dingliche Recht ist Interessenscheidung, das obligatorische Interessenverknüpfung[2]).

Diese Untersuchungen hier weiter zu verfolgen, besteht mit Rücksicht einerseits auf das Thema der Abhandlung, andererseits aber insbesondere mit Rücksicht auf die Unbestrittenheit[3]) dieser Resultate kein Anlass.

---

[1]) Baron, Lehrbuch d. Pand. (8. Aufl.) S. 464, Note 6. Dernburg Pend. (6. Aufl.) Bd. II, S. 168, Note 6. Brinz, Lehrbuch d. Pand. 2. Aufl. Bd. II, S. 312.

[2]) Wollte man den Verlust des dinglichen Berechtigten infolge der Sache ebenfalls unter dem Begriff des periculums fassen, so müsste es bei depositum und commodatum, wenn der Schuldner in mora sich befindet, ein geteiltes periculum geben, was nicht der Fall ist.

[3]) Nur Brinz, a. a. O. will den Satz casum sentit dominus auch für die Entscheidung der Frage, wem die Gefahr bei Obligationen trifft, herangezogen wissen, aber unter nur ganz anderer Auslegung des Begriffes: dominus.

Es genügt die Feststellung, dass eben das Anwendungsgebiet der diesen gegenwärtigen Abhandlungen zu Grunde liegenden Regel nur das Obligationenrecht sein kann. Damit sind die inneren Gründe für die oben S. 31 festgestellte Erscheinung gezeigt.

Dass die Voraussetzung der tatsächlichen Zufälligkeit des die Unmöglichkeit der Leistung verursachenden Ereignisses für den Begriff des periculums, soweit es ein technischer Begriff des Obligationenrechtes ist, wesentlich ist, ist als aus der Natur der Sache folgend, niemals bestritten werden. Denn beim periculum culpae — im Gegensatz zum periculum casus — regelt sich das Tragen der Gefahr eben aus den Prinzipien des Verschuldens heraus, die ihre Geltung im ganzen Gebiete der Erscheinungen der Rechtswelt naturgemäss behaupten und daher besondere Vorschriften über die Gefahr und ihre Verteilung sich erübrigen[1]).

In der Tat findet sich auch überall die Erörterung des casus als Grund der Leistungsunmöglichkeit bei Obligationen[2]) in engster Verbindung mit denen des Begriffes periculum und werden kasuelle Unmöglichkeit und «periculum» als eines aus dem andern mit Notwendigkeit hervorgehend, stets im engsten Zusammenhange genannt.

Nun könnte man sagen: Damit ist man ja eigentlich wieder am Ausgangsgunkt zurückgekehrt; es ist gar nicht notwendig, dass die Regel ein allgemeines Prinzip darstellt. Ob es bei dinglichen Rechtsbeziehungen gilt oder nicht, ist für uns ja gleichgültig; ist der Nachweis gebracht, dass sie im Gebiete des Obligationenrechtes Geltung hat, so genügt dies.

Und dies wäre aus der Begriffsentwicklung, die oben über das «periculum» gegeben wurde, doch einfach zu folgern. Die zufällige Unmöglichkeit der Leistung bringt

---

[1]) Beim Vorliegen von Verschulden ist von einem periculum gesprochen: Z. B. L 17 pr. D 2. 13. L § 41 17. D. 40. 5. Brinz. Pand. (2. Aufl.) Bd. II. 1. § 277, Einleitung und Nr. 4. Es zeigt sich, dass der Begriff des periculums in den Quellen somit durchaus kein einheitlicher im Gebiete des Obligationenrechtes ist. Dies schliesst aber trotzdem nicht aus, dass derselbe unter gewissen Voraussetzungen, wie schon gesagt, wirklich ein technischer Begriff der Quellen genannt werden kann.

[2]) Kann von einem periculum bei dinglichen Rechtsbeziehungen nicht gesprochen werden, so ist es wohl möglich, hier von casus im Sinne von zufälligem Untergang des mittelbaren Gegenstandes zu reden. In dieser Beziehung hat der Satz casum sentit dominus seine volle Bedeutung. Nur hat ja hier «casus» eine andere Bedeutung als im Obligationsrecht. Hier ist er stets als Ursache der Leistungsunmöglichkeit und nur als solche von Bedeutung. Dort aber überhaupt als Grund für den Untergang des Objektes.

nach unbestrittener Meinung für das gemeine Recht den Nachteil der erlöschenden Obligation und wer diesen Rechtsverlust zu tragen hat, dem gebührt auch ein Vorteil[1]) und es erscheint schon ein Gebot der Billigkeit, ein im Zusammenhang damit etwa zu Tage tretendes commodum dem zuzusprechen, der diesen Nachteil trägt und somit auch den an Stelle des Gegenstandes der unmöglichen Leistung tretenden Ersatz dem zusprechen, der diesen Nachteil trägt. Damit wäre die Lösung der Frage, ob das römische Recht ein dem § 281 ähnlichen allgemeinen Rechtssatz kannte, gegeben.

Allein dass dies wiederum als eine Generalisiernng ohne Rücksicht auf die reellen Unterlagen, nämlich die Quellen, aus denen die Regel genommen ist, sich darstellt, wird sich bei Beachtung der Resultate der Mommsenschen Forschungen zeigen. Mommsen hat auf den fundamentalen Unterschied hingewiesen, der sich ergibt, wenn man den Gegenstand, der in den einzelnen Stellen, welche unsere Regel zur Grundlage haben, als commodum erscheint, des Näheren untersuchen.

Der Begriff commodum ist ebensowenig ein fester wie der des periculum. Unter commodum wird zunächst immer ein Gewinn verstanden und zwar in der Form des lucrum ex re: Früchte, Accessionen[2]) u. s. w., dann in der Form des lucrum ex negotaione. Darunter fällt selbstverständlich nicht jede aus gegenseitigem Vertrage sich ergebende Gegenleistung. Man kann dieselbe nicht schlechthin als commodum bezeichnen, denn insoweit die Gegenleistung den Ausfall deckt, der durch die Leistung im Vermögen des Schuldners eintritt, kann von einem Gewinn nicht die Rede sein. Dagegen kann man wohl das Mehr, welches dem Schuldner durch die Gegenleistung des Gläubigers im Verhältnis zu seiner Leistung zufällt als commodum bezeichnen.

Es folgt aber aus einer ganzen Reihe von Quellenstellen, in welchen das Wort commodum sich nicht findet, die aber trotzdem nur durch den Grundsatz, wie er in L 10 D 50 17 ausgesprochen ist, ihre Rechtfertigung finden, dass nicht nur derartige als Gewinn zu bezeichnende Vermögensbestandteile unter den Begriff commodum fallen, sondern dass dazu insbesondere solche als Vermögenswerte in Betracht kommende Gegenstände gehören, welche an Stelle des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes treten: sogenannte Surrogate. So sind als solche Surrogate zu betrachten: Klagen (L 14 pr D 19 1), und Schädigungssummen (L 15 § 2 D 6 1), Erwerb aus Rechtsgeschäften (L 1 § 47 D 16 3),

[1]) Ueber die Art dieses Vorteils siehe die folgenden Erörterungen.
[2]) Sog. accessorisches commodum.

der reelle Teil eines Grundstückes an Stelle des ideellen Anteiles an demselben (L 13 § 17 D 19 1).

Es ist daher die Schlussfolgerung gerechtfertigt: es handelt sich bei allen den Gegenständen, welche an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes einer Obligation (im Sinne von mittelbaren Gegenstand) treten, und auf welche sich das in dem Satze cuius periculum u. s. w. ausgesprochene Prinzip bezieht, einfach um Vermögenswerte, die dem Schuldner durch die die Unmöglichkeit der Leistung verursachenden Ereignisse zufliessen. In diesem Sinne ist hier der Ausdruck commodum aufzufassen[1]).

Nun entsteht mit Rücksicht auf diese Unterscheidung von accessorischem und stellvertretendem commodum folgende Frage: wenn die von Rechtswegen erfolgende Zusprechung eines commodums vom Tragen der Gefahr abhängen soll, so kann doch nicht allein nur dann die Regel cuius est periculum, ejus et commodum esse debet ihre Geltung behaupten, wenn das die Unmöglichkeit verursachende Ereignis (casus) bereits eingetreten ist, sondern es müsste gerade mit Rücksicht auf die commoda, welche sich als lucrum (in Gegensatz zum Surrogat) darstellen, die genannte Regel auch dann ihre Wirkung äussern, wenn der ursprüngliche Gegenstand noch vorhanden ist. Denn wenn nur das erstere der Fall wäre, träfe die Regel nur einen Teil jener Fälle, welche sie ihrem Wortlaute nach wirklich treffen soll. Bezieht man sie aber auf beide der eben genannten Möglichkeiten, so ergeben sich folgende Erwägungen.

Man könnte die Regel so verstehen, dass man sagt: die Zuteilung des commodums hängt davon ab, dass das periculum im technischen Sinne (S. 31), also die Gefahr eines Verlustes ohne Ersatz infolge der Leistungsunmöglichkeit diese oder jene Person trifft, so dass sich die Zuerkennung des commodums als Aequivalent für das Tragen dieser Gefahr als solcher, in die moderne Sprache übersetzt, für das Risiko, darstellte.

In diesem Falle würde die Regel auch für die Fälle ihre Geltung behaupten, wo es sich um Zuteilung des sogenannten accessorischen commodums handelt.

Allein gerade mit Rücksicht auf die verschiedenen unter den Begriff commodum fallenden Dinge besteht bei einer derartigen Auffassung der Regel ein unvereinbarer Gegensatz. Man käme nämlich damit zu der Folgerung, dass unsere Regel sich nie auf das commodum beziehen kann,

---

[1]) Sog. stellvertretendes commodum.

welches im Falle der Leistungsunmöglichkeit als Surrogat an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes eingetreten ist: In diesem Falle kann der Begriff periculum als Voraussetzung für die Zuteilung des commodums niemals im Sinne von Risiko, wie oben, aufgefasst werden. Es zeigt sich somit der Gegensatz ganz klar: das commodum, welches als lucrum ex re zu bezeichnen ist, also das sogenannte accessorische commodum, würde dafür als Aequivalent gegeben, dass vom Empfänger derselben die Gefahr im Sinne von Risiko getragen wird, d. h. dafür, dass das Damoklesschwert einer möglichen Benachteiligung durch den als möglich gedachten Untergang des Gegenstandes über ihm schwebt. Andererseits aber kann dasjenige commodum, welches als stellvertretendes bezeichnet wird, nicht davon abhängig gemacht werden, dass der Empfänger die Gefahr im Sinne von Risiko getragen hat, solange die Leistungsunmöglichkeit noch nicht eingetreten war, sondern nur davon, dass jene Benachteiligung, welche vorher als drohende event. Leistungsunmöglichkeit über seinem Vermögen schwebte, nunmehr wirklich eingetreten ist. Denn wenn das vorher nur als möglich gedachte Ereignis in der Tat eingetreten ist, so kann es selbstverständlich auch nur mehr als wirklich eingetretenes Ereignis, und nicht mehr als blosse Eventualität ihre Wirkungen äussern, mit anderen Worten: kausal für die Zuteilung des commodums ist hier der wirklich eingetretene Nachteil, nicht mehr die durch den Eintritt verwirklichte, also als solche nicht mehr vorhandene, blosse Schadensmöglichkeit. Wir bekämen somit als Resultat:

Beim accessorischen commodum hätte das Wort periculum die Bedeutung von Risiko; beim stellvertretenden commodum hätte es die Bedeutung vom Tragen eines wirklich eingetretenen Schadens.

In der Tat aber hat periculum die erstere Bedeutung niemals (siehe die Definition S. 31). Denn nicht den nur latenten Zustand einer Schadensmöglichkeit bedeutet periculum, sondern[1]) es bezeichnet die Richtung, in welcher ein event. eintretendes Ereignis die Wirkung eines effektiven Vermögensverlustes äussert.

Es könnte aber, wenn man von accessorischen commodum redet, nur die Bedeutung „Risiko" dem Worte periculum zu Grunde liegen, denn solange ein accesorisches commodum möglich ist, muss der Gegenstand aus welchem oder mit Hilfe dessen das commodum hier gewonnen wird, noch

[1]) Vergl. auch Hecker a. a. O. 117.

mittelbarer Gegenstand der obligatorischen Rechtsbeziehungen sein, somit periculum wie schon erwähnt, = Risiko gesetzt werden.

Beim stellvertretenden commodum schliesst sich aber, wie wir oben gesehen, eine solche Interpretation von selbst aus.

Wie nun Mommsen[1]), dem Windscheid[2]) vollständig beipflichtet, gezeigt hat, kann in der Tat die Regel, so wie der Wortlaut der Uebersetzung unter Zugrundelegung des oben (S. 31) entwickelten Begriffes des periculums sie ergibt, nicht auf alle Fälle, in denen es sich um die Frage der Zuteilung eines commodums dreht, ohne Weiteres angewendet werden: Der Parallelismus von Gefahr und Vorteil ist kein Prinzip des Obligationenrechtes[3]).

Mommsen hat aus den Quellen gezeigt, dass für das accessorische commodum die Regel nur in vereinzelten Fällen einen Anhaltspunkt für die Entscheidung bietet[4]) [5]).

Anderseits aber hat er gefunden, dass die Regel beim stellvertretenden commodum ein — wenn auch nicht ausnahmsloses — Prinzip darstellt allerdings unter zu Grundelegung wiederum einer besonderen Spielart des Begriffes periculum.

Die Regel cuius est periculum ejus et commodum esse debet gewinnt hier nun folgende Bedeutung: derjenige welcher den Nachteil der Leistungsunmöglichkeit überhaupt (nicht bloss der zufälligen) zu tragen hat, soll eben deshalb auch den Vorteil eines commodum haben[6])

Daraus folgt die wichtige Tatsache, dass periculum hier nicht in technischem Sinne verstanden werden kann, sondern wie schon erwähnt, lediglich im Sinne von eingetretenem Schaden, der einen der Beteiligten infolge der Leistungs-

---

[1]) Erörterungen Heft I.

[2]) A. a. O. Bd. II, § 327, Note 11 und 12.

[3]) Entgegen Dernburg a. a. O. Bd. II, S. 68. Auch Seuffert prakt. Pand.-R. (München 1867.) § 277, S. 116 scheint den Parallel. anzunehmen.

[4]) Es ist nur in vielen Fällen das Verhältnis so gelagert, dass in der Tat derjenige das commodum erhält, der das periculum in technischem Sinne trägt. Vergl. Mommsen a. a. O. S. 143. Dass man sich nicht genau darauf verlassen kann, wenn die Römer die Zuteilung eines commodums mit unserem Satze begründen, gibt auch Windscheid zu, a. a. O. § 327, Note 9.

[5]) Vergl. auch Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse nach seinen allgemeinen Lehren; Studien zum B.-G.-B. (Berlin 1897.) S. 132.

[6]) Mommsen a. a. O. S. 77. Windscheid a. a. O. Bd. II, § 327, Note 9. Arndts, Lehrb. d. Pand. (14. Aufl.) § 253, Nr. 3. Baron a. a. O. § 238, Nr. 2.

unmöglichkeit trifft. Dies hat die weitere wichtige Folge dass auch die von einem der Beteiligten verschuldete Leistungsunmöglichkeit unter diejenigen Fälle welche in das Anwendungsgebiet unserer Regel fallen, zu rechnen ist. Es stellt sich hier das commodum wirklich als ein Equivalent für einen erlittenen Schaden dar. Sei es nun, dass derselbe durch periculum casus oder durch periculum culpae entstanden ist[1]). Ein Gefahrtragen kann dieses Erleiden eines Nachteils natürlich auch genannt werden, aber eben nicht als identisch mit dem oben S. 31 entwickelten Begriffe Gefahrtragen als die rein abstrackte Statuirung eines Rechtsverlustes ohne Ersatz im Falle unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit.

Mommsen findet als Ursachen dieses periculums in dem eben entwickelten Sinne Delikte Dritter und Rechtsgeschäfte des Schuldners. Insoweit ist ihm beizustimmen, indes kann man sich nicht damit einverstanden erklären, dass er die Expropriation und die Adjudication zu den Rechtsgeschäften zählt; dieselben stellen eine besondere Klasse von Fällen dar, in denen unsere Regel ebenfalls Anwendung findet. Sie sind somit neben die Delikte und Rechtsgeschäfte Dritter als besondere Ursachengruppe der Leistungsunmöglichkeit zu stellen[2]). Denn auch hier haben wir es zweifellos mit einem Falle der Leistungsunmöglichkeit und mit einem durch sie erreichten commodum zu tun.

Unerlässliche Voraussetzung aber für alle Ursachengruppen der Leistungsunmöglichkeit (Delikte, Rechtsgeschäfte Dritter und die eben genannte besondere Klasse) als Grundlage für die Anwendung unserer Regel cuius est periculum u. s. w ist es, dass direkt durch sie sowohl die Unmöglichkeit hervorgerufen als auch das commodum infolge ihres Eintrittes erreicht ist. Dies ist der unbedingt notwendige Causalzusammenhang zwischen periculum und commodum in unserer Regel, aus welchem heraus allein dieselbe ihre Begründung findet.

II. Abteilung.

Anwendungsfälle.

Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen ergibt sich uns folgende allgemeine Erklärung der Regel: cuius est periculum ejus et commodum esse debet.

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 84, wo er auch die durch mora, litiscontestatio verursachte Leistungsunmöglichkeit heranzieht.

[2]) Im Einzelnen siehe 2. Abt.

Diese Regel bezweckt eine der Forderung der Billigkeit entsprechende Zuteilung eines durch den nämlichen Umstand, der die Leistungsunmöglichkeit bei einer Obligation verursachte, hervorgerufenen Vorteils (stellvertretenden commodums) an den Gläubiger oder Schuldner, je nachdem in einer dieser Person bezw. deren Vermögenssphäre durch die Leistungsunmöglichkeit eine Schädigung eingetreten ist.

Mit Rücksicht auf den uns als Vorwurf der ganzen Abhandlung dienenden § 281 B.G.B. wollen wir nun auch für das gemeine Recht die Beantwortung der Frage wem im einzelnen Falle das commodum zuzuteilen sei, auf die Frage beschränken: «Unter welchen Umständen erfolgt im gemeinen Rechte die Zuteilung des commodums an den Gläubiger?»

Die Antwort lautet unter Heranziehung der Ausführungen auf S. 39/40 zunächst sehr einfach: wenn der Gläubiger den wirtschaftlichen Nachteil, den die Leistungsunmöglichkeit hervorruft, zu tragen hat, erhält er auch das stellvertretende commodum von Rechtswegen zugesprochen. Wann das der Fall ist, wird in folgenden Ausführungen zu zeigen sein[1]).

I.

Als erste Gruppe betrachten wir diejenigen Fälle, in denen die Unmöglichkeit der Leistung und das commodum verursacht sind durch Delikte Dritter. Das commodum besteht hier in den Klagen aus Delikten gegen den Dritten, welche zunächst dem Eigentümer des verletzten oder zerstörten Gegenstandes zustehen, jedoch dem Gläubiger unter dem im Folgenden zu zeigenden Voraussetzungen abzutreten sind.

1. Angenommen, die verkaufte Sache wird vor der Uebergabe durch das Delikt eines Dritten zerstört oder entfernt.

Der Käufer kann nun wenn die Verhältnisse so liegen, dass der Verkäufer ihm zu keiner Entschädigung verpflichtet ist (also auf dieser Seite eine culpa nicht vorliegt), und der Käufer dennoch den Kaufpreis zahlen muss, die Abtretung

---

[1]) Die folgende Darstellung hält sich hinsichtlich ihrer Disposition an die Ausführungen Mommsens a. a. O. und enthält im wesentlichen eine Wiedergabe der von demselben gefundenen Resultate, die wir im vorigen als zutreffend schon von allgemeinen Gesichtspunkten aus zu beweisen versuchten.

der Deliktsklagen verlangen[1] [2]). Es kann sogar der Käufer vom Verkäufer Entschädigung dafür fordern, dass er ihm eine fremde Sache verkauft hat und es ihm daher nicht möglich ist, die Klagen, die ihm in diesem Falle nicht zustehen, abzutreten. L 35 § 4 D 18. 1. Hat der Käufer selbst die Klagen angestellt, so muss er das damit erreichte herausgeben[3]).

Dasselbe Prinzip, wie beim Kaufe, findet sich auch nach richtiger, wenn auch betrittener Meinung bei dem sog. Innominatkontrakten in den Quellen. Geht, nachdem der eine Teil geleistet hat, die Sache zu Grunde, so kann eine Forderung auf Rückgabe jener Leistung, welche der eine Teil gemacht hat, nicht erhoben werden[4]).

2. Die Mietsache wird in deliktischer Weise zerstört oder entfernt.

a) Die Verpflichtung des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Sache zu überlassen: wenn hier die Mietsache durch Delikt eines Dritten zu Grunde geht, so fällt die Klage (in den Normalfällen) dem Vermieter als Eigentümer zu. Das römische Recht geht nun von dem Prinzipe aus, dass der Vermieter dafür einzustehen hat, dass dem Mieter während der Mietzeit der zugesicherte Gebrauch in vollem Umfange möglich sei und der Anspruch auf die Gegenleistung nur dann und insoweit begründet sei, wenn und wie weit dem Mieter jene versprochene Gebrauchsüberlassung auch wirklich gewährt sei[5]) d. h. wenn die vermietete Sache während der Mietzeit durch Zufall zu Grunde geht, so hat zwar der Vermieter kein Interesse zu ersetzen, aber er hat auch für die spätere Zeit kein Mietgeld zu fordern. Daher kann auf Seite des Mieters als Gläubigers von einem Schaden infolge der Leistungsunmöglichkeit nicht oder nur in dem seltenen Falle die Rede sein, dass er sich aus besonderen Gründen zur Zahlung der Miete verpflichtet hätte. Könnte somit im ersteren Falle mangels

[1]) Man sieht, dass das Erleiden eines Nachteils als Voraussetzung für die Zuteilung des commodums hier seinerseits auf den technischen Begriff des periculums als Voraussetzung gründet und somit der letztere Begriff wenigstens indirekt bei der Befürwortung der hier aufgeworfenen Frage eine Rolle spielt.

[2]) L 14 pr L 80 pr D 47. 2. L 31 pr D 19, 1. § 3 i. f. I. 3. 23. L 13 § 12 D 19 1. L 13 D 18 6.

[3]) L 14 pr D 47. 2.

[4]) Vangerow a. a. O. § 591.

[5]) Vangerow a. a. O. Bd. III, § 591, Nr. 6, der seine Ausführungen stützt auf L 9 § 1, 4. L 19 § 6. L 30, 33. D 19. 2.

des Schadens von einem Anspruch auf Cession der Deliktsklagen auf Seite des Mieters überhaupt nicht die Rede sein, so würde man vielleicht unter letzterer Voraussetzung zu der Annahme gelangen können, dem Mieter wenigstens einen Anspruch auf Benutzung der Deliktsklage analog des Rechtes auf Benützung der Mietssache, zuzusprechen. Allein mit Recht sagt Mommsen[1]): «Es erscheint die Substituirung eines anderen Benutzungsobjektes der Natur des Mietvertrages durchaus nicht entsprechend. Bei der Miete handelt es sich nämlich für den Mieter ganz vorzugsweise um die Befriedigung von bestimmten Bedürfnissen, die durch Benutzung der gemieteten Sache erreicht werden soll, die aber durch zeitweise Benutzung einer Geldsumme, wie des Ertrages der Deliktsklage, nicht erreicht werden kann».

b) Die Verpflichtung des Mieters die Sache zu restituiren: Wenn hier die Sache von einem Dritten zerstört wird ohne ein Verschulden der Kontrahenten, so kann, da dem Vermieter als Eigentümer die Deliktsklagen zufallen und er hier die Rolle des Gläubigers spielt, von einem Rechte auf Abtretung der Klage nicht weiter die Rede sein.

3. Beim Werkvertrag, unter gleichen Voraussetzungen wie sub a) und b):

a) Das Werk ist hergestellt aus Material des Vermieters. Hier liegt reiner Werkvertrag vor, es bleibt der Vermieter nach wie vor Eigentümer des Materials und des hergestellten Werkes; wenn nun dieses vor Uebergabe durch Delikt eines Dritten zu Grunde geht, so fallen die Deliktsklagen dem Vermieter als Eigentümer zu und es erübrigt sich eine Prüfung der Frage ob der Gläubiger Abtretung der Klage verlangen kann, da hievon naturgemäss keine Rede sein kann.

b) Die Werkmiete ist nach den Regeln des Kaufes zu beurteilen. Hier werden die Regeln, die sub 1 angegeben wurden, analoge Anwendung finden können.

II.

Als zweite Gruppe kommen in Betracht die Fälle der Leistungsunmöglichkeit infolge Rechtsgeschäftes des Schuldners.

Das commodum wird hier meist der effektive Erwerb aus dem Rechtsgeschäfte sein; jedoch sind Klagen nicht ausgeschlossen. Eine Unmöglichkeit der Leistung kann hier nur im Falle einer von Seite des Schuldners erfolgten

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 106.

Veräusserung des Leistungsgegenstandes wirklich vorkommen, da bei anderen Rechtsgeschäften des Schuldners wie Vermietung, Leihe, das als Ursache der Unmöglichkeit fungierende Rechtsgeschäft von Seiten des Schuldners meist ohne Weiteres aufgelöst werden kann und damit die Unmöglichkeit hinfällig wird. Die geschuldete Leistung wird also durch eine Veräusserung unmöglich, wofür der Schuldner wieder eine Gegenleistung (commodum) erhalten hat.

Es entsteht nun die Frage, inwiefern hier der Gläubiger, d. h. der, dem die Leistung ursprünglich geschuldet ist, einen Nachteil erleidet. Dieser Fall wird wohl selten sein, denn durch die Vornahme eines Rechtsgeschäftes wird sich der Schuldner doch meist in ein Verschulden versetzen, damit Schadenersatzpflichtig werden und somit selbst den Nachteil tragen.

Wenn jedoch der Fall wirklich einmal so liegt, dass den Gläubiger ein Nachteil trifft[1]), da infolge unverschuldeter Unmöglichkeit der Schuldner von der Leistung frei wird, so greift das Prinzip, dass dem Gläubiger das commodum zuzusprechen ist, vollständig Platz. L 1 § 47, L 2 D 16. 3.

Die Frage der doppelten Veräusserung [in welcher die Fälle des doppelten Verkaufes enthalten sind], die zu so vielen Erörterungen Anlass gegeben und deren Lösung mit Rücksicht auf L 21 D 18. 4. so vielen Schwierigkeiten begegnet ist, soweit es sich um die Beitreibung des Kaufpreises und das Tragen der Gefahr im techn. Sinne handelt[2]), erfährt insoferne eine Komplikation, als die Sache vor Uebergabe noch kasuell zu Grunde gehen kann.

Vor der Tradition hatte der Verkäufer die Wahl[3]), welchen Käufer er belangen wolle; dass nunmehr bei kasuellem Untergange der Sache angenommen wird, der Verkäufer würde den ersten Käufer angegangen haben, ist wohl ganz natürlich. Damit ist aber dann gesagt, dass dieser die Gefahr des casus trägt, d. h. den Kaufpreis zahlen muss und somit einen Nachteil erleidet. Das commodum aber, einen eventuell schon bezahlten Preis aus dem zweiten Verkaufe, kann er nicht verlangen, da dies

---

[1]) Z. B. wenn der Deponent von den Erben des Depositars, welcher die deponierte Sache in der Meinung, dass sie zur Erbschaft gehöre, verkauft hat, dieselbe fordert.

[2]) Windscheidt a. a. O. Bd. II, § 390, Nr. 3, Note 17.

[3]) Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. III, S. 74. Hofmann a. a. O. S. 144.

aus einem anderen Grunde resultiert, als die Unmöglichkeit. Der zweite Käufer kann die conditio indebiti anstrengen[1]), tut er es nicht, so bekommt hier der Verkäufer den Kaufpreis. — Hiebei ist am Schlusse noch eines besonderen Falles zu denken: nämlich dass das Rechtsgeschäft des Schuldners als negotiorum gestio[2]) angesehen werden kann[3].)

III.

Als 3. Gruppe kommen mehrere Fälle in Betracht, die sich unter einem gemeinsamen Titel nicht zusammenfassen lassen, bei denen aber doch eine Aehnlichkeit insoferne besteht, als die Gründe der Unmöglichkeit direkt auf pos. Rechtsnorm zurückgeführt werden können.

Dies war der Anlass für Hartmann[4]), dieselben, ausgehend von Erörterungen über den Satz impossibilium nulla est obligatio, für diese Fälle der Leistungsunmöglichkeit als Grund derselben den von ihm so genannten juristischen casus zu konstruieren.

Es ist schon im I. Teile, II. Abtlg. Nr. III darauf hingewiesen worden, dass dieser Begriff nicht aufrecht erhalten werden kann.

Es ist aber hier des weiteren davon zu handeln, dass diese Fälle, ihrem inneren Wesen nach nichts anderes als Fälle der Leistungsunmöglichkeit, von den übrigen sich in keiner Weise, also auch nicht in den Wirkungen unterscheiden.

Hartmann nennt als solche hier in Betracht kommende, alle unserem modernen Rechte angehörenden Fälle.

1. Die Expropriation, wie sie in den Zwangsenteignungsgesetzen der Neuzeit uns entgegentritt.

2. Die durch das Festungsrayongesetz vom 21. XII. 1871 sich ergebenden Beschränkungen im Rechte der Grundbesitzer.

---

[1]) Denn mit der Erfüllung, oder was dieser gleichsteht, der Endigung der einen Kaufobligation durch Unmöglichkeit fällt die andere weg. So Ihering in der eben citierten Abhandlung (im gem. Rechte war; wie des öfteren erwähnt werden wird, unbestritten, dass die Unmöglichkeit der Leistung Endigungsgrund für die Obligation ist).

[2]) L 21 D 18 4.

[3]) Hier wird man Mommsen beistimmen müssen, der ein Wahlrecht zwischen commodum und Entschädigung annimmt, «da ja nie der Gläubiger gezwungen werden kann, das Rechtsgeschäft als für sich abgeschlossen anzuerkennen.

[4]) Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 22, S. 417 ff.

3. Durch das Formalprinzip des modernen Grundbuchsrechts unter besonderer Voraussetzung sich ergebende Fälle des gutgläubigen Erwerbes.

4. Die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Veräusserung einer im Verbande einer Obligation als deren mittelbarer Gegenstand verstrickten körperlichen oder unkörperlichen Sache.

Besieht man alle diese Fälle bei Licht, so ist kein Zweifel, dass überall ein Fall wirklicher Leistungsunmöglichkeit vorliegt. Es werden hier rechtliche Momente, welche Voraussetzung der Erfüllungsmöglichkeit darstellen, zerstört.

Die Folge ist, dass auch hier die Möglichkeit besteht einen, auf dieser oder jener Seite der an den Rechtsbeziehungen beteiligten, eintretenden wirtschaftlichen Nachteil (periculum) auf Seite des Gläubigers, durch Zuteilung eines etwa aus demselben Grunde, der die Leistungsunmöglichkeit verursachte, resultierenden commodums nach dem Satze cuius est u. s. w. auszugleichen.

III. Teil.

Paragraph 281 B.G.B.

Einleitung.

Als Voraussetzung für die ganzen folgenden Ausführungen ist festzuhalten, dass es sich immer um Fälle der sog. nachträglichen Unmöglichkeit handelt[1]).

Dieser Begriff bedarf einer kurzen Erläuterung. Es sind die Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit, so klar dieser Begriff auf den ersten Blick erscheint, keineswegs immer sofort erkennbar und die Grenze zwischen ihnen und denen der anfänglichen Unmöglichkeit ist eine ziemlich flüssige. Ein Beispiel möge dies erläutern. Wenn ein Tier durch Beibringung eines langsam wirkenden Giftstoffes vergiftet, nach dieser Tat aber verkauft wurde, und nun nach Kaufabschluss zu Grunde geht, oder wenn das vor Kaufabschluss unterspülte Haus nach Kaufabschluss einstürzt, so

[1]) Dies ist nur bestritten von Cosack Lehrb. d. Bürg. Rechtes Bd. I, § 98. I. 2. c.

dürfte es nicht ohne weiteres zweifellos sein, ob man hier von nachträglicher Unmöglichkeit sprechen kann. Der die Unmöglichkeit verursachende Umstand, d. h. das unmittelbar kausale Ereignis, ist erst nach Vertragsabschluss eingetreten, dagegen seinerseits durch Umstände, die vor dem Vertragsabschluss sich ereigneten, bedingt.

Kleineidam sagt[1]) S. 86, das, hier «das unmittelbar das Nichterfüllenkönnen herbeiführende Ereignis zu verstehen sei, nicht die dieses bedingende entferntere Ursache, wenn von dem die Unmöglichkeit verursachenden Umstand gesprochen wird». Aehnlich spricht sich Kisch[2]) S. 33 aus. Es entspricht diese Auffassung auch vollständig dem Wortlaut des Gesetzes, und zweifellos auch dem Bedürfnisse des Verkehrs; denn ausserdem käme man, ähnlich wie im Strafrecht, zu einer hier ganz zwecklosen Untersuchung des Kausalzusammenhanges, welcher die Anwendung des § 281 illusorisch machen würde.

Nachträgliche Unmöglichkeit ist auch anzunehmen, wenn das Recht, das den Schuldner zur Leistung befähigt, von vorneherein zeitlich beschränkt ist, wenn z. B. ein Pächter unterpachtet hat; die nach Ablauf der Pachtzeit eintretende Unmöglichkeit der Ueberlassung ist eine nachträgliche. (So Kisch a. a. O. S. 33 mit Recht gegen jurist. Wochenschrift 1898, S. 19.)

Eine weitere Frage erhebt sich als Voraussetzung für das Folgende, nämlich wie die Sache zu halten ist, wenn das Geschäft ein bedingtes oder befristetes war und die Leistungsunmöglichkeit eintritt, ehe die Bedingung eingetreten oder die Befristung abgelaufen ist. Hier stehen einerseits die Motive, Bd. I, S. 255, welche sagen, eine bedingte Schuld sei keine Schuld. Aber auch eine ursprüngliche Unmöglichkeit kann nicht vorliegen, weil der massgebende Zeitpunkt in erster Linie der Vertragsschluss hier ist.

Im ersten Entwurfe war diese Frage gesetzlich geregelt im § 238, Abs. II. Dieser Abs. II ist gestrichen worden. Man wird die Frage dahin beantworten müssen, dass auch in solchen Fällen nachträgliche Unmöglichkeit anzunehmen sei. Man kann auf die Ausführungen verweisen, welche Kisch a. a. O. S. 27 fl. gibt, und welche erschöpfend alle Quellenstellen aufführen, die für die Beantwortung der Frage im Sinne des oben Gesagten massgebend sind.

---

[1]) A. a. O. s. oben S. 17.

[2]) Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach B.G.B. (Jena 1900) i. Abhandl. z. Privatrecht und Civil-Prozess v. O. Fischer. Bd. 7.

I. Abteilung.

Bei einseitigen Schuldverhältnissen.

I.

Vergleich zwischen Paragraph 281 und dem Satze cuius est periculum, ejus et commodum esse debet.

Ein Vergleich hinsichtlich des Wortlautes der Rechtssätze, von denen der eine als Vorgänger des anderen sich darstellt, ergibt schon eine wesentliche Verschiedenheit in Ansehung des Umfanges ihres Wirkungsfeldes:

Der Umstand einerseits, dass der römisch-rechtliche Satz den Begriff periculum als Voraussetzung hat, begrenzt seine Bedeutung und Wirkung in der Richtung, dass er für das Gebiet der verschuldeten (von den in Rechtsbeziehung stehenden) Unmöglichkeit der Leistung keine Anwendung finden kann wenn es sich darum handelt, festzustellen, in welchen Fällen dem Gläubiger ein commodum zuzusprechen ist.

Der Umstand andererseits, dass § 281 nur vom «Gläubiger» spricht, begrenzt seine Wirkung im Vergleiche zum römischen Satze in selbstverständlicher Weise.

Es kann nur Gegenstand der Untersuchung sein, in welchen Fällen der Gläubiger Anspruch auf das an sich dem Schuldner zufallende commodum hat.

Der Satz des römischen Rechtes macht die Untersuchung auch in der Richtung notwendig, in welchen Fällen dem Schuldner das commodum zuzusprechen sei. Im B.G.B. ist vorausgesetzt, dass primär der Ersatz oder Ersatzanspruch dem Schuldner zufällt. Dieser Umstand ist schon, wie S. 41 gesagt, den ganzen vorliegenden Abhandlungen über das gemeine Recht zu Grunde gelegt.

Eine sehr wesentliche Verschiedenheit, die auf die Frage von Natur und Umfang des Anspruches namentlich im B.G.B. von grossem Einfluss ist, ergibt sich bei Gegenüberstellung der Begriffe: commodum und Ersatz.

Wie S. 36/37 gezeigt ist, finden sich in den Stellen, in welchen der Satz cuius est periculum u. s. w. auf das sog. stellvertretende commodum angewandt ist, die als Surrogate des nicht mehr vorhandenen Leistungsgegenstandes bezeichneten Gegenstände immer in konkreter Benennung aufgeführt, so dass die Untersuchung auf den induktiven Weg verwiesen ist. Man muss prüfen, ob die Stelle ihrem Sinn

nach auf der Regel aufgebaut ist, und dann kann erst gesagt werden, ob das dort genannte an Stelle des Leistungsgegenstandes tretende Surrogat unter den Sammelbegriff commodum fällt. Damit ist dann erst bewiesen, dass hier ein Anwendungsfall des im L 10 D 50. 17. so klar ausgesprochenen Prinzips gegeben ist. Im B.G.B. ist der Begriff selbst ein feststehender, denn wir haben es im B.G.B. nur mit Normen, nicht mit Entscheidungen wie im corpus juris zu tun.

Hier ist deduktiv zu verfahren und zu untersuchen, was unter dem Ersatz und Ersatzanspruch des § 281 zu verstehen und zu begreifen sei und damit ergibt sich das Anwendungsgebiet des § 281.

II.

Der Begriff „Ersatz" und „Ersatzanspruch" im Paragraph 281.

Die Motive zum § 238 (E I) B.G.B. besagen, dass dieser Paragraph das schon im gemeinen Rechte anerkannte sog. Surrogationsprinzip[1]) wiedergebe.

Es fällt nun sofort Folgendes auf: Weder das Wort «Ersatz» noch «Surrogat» ist gleichbedeutend mit commodum; und wir haben doch das gemeine Recht als auf den Satz commodum ejus esse u. s. w. aufgebaut gesehen.

Der scheinbare Widerspruch löst sich damit, dass der Begriff commodum, wie er in bisherigen Untersuchungen festgestellt wurde, auch den Begriff «Surrogat» mit umfasst[2]).

Dass der eben genannte Satz des römischen Rechtes gerade mit Rücksicht auf diese Bedeutung des Wortes commodum wirklich ein Prinzip ausspricht, wenn auch unter Zugrundelegung einer besonderen Auslegung des Wortes periculum, hat, wie auch schon erwähnt, Mommsen in einwandsfreier Weise nachgewiesen. Und das Resultat seiner Forschungen hat Windscheid[3]) angenommen und mit den Worten ausgedrückt:

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit der sog. dinglichen Surrogation § 1370, 1473, 1524, 1638. Abs. II, 2111. 2374 B.G.B.

[2]) Das Surrogationsprinzip ist schon in älteren Gesetzgebungen klar zum Ausdruck gelangt. So z. B. Code Napoleon § 1303: lorsque la chose est perie, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute (Gegensatz zu § 281) du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. — Auch das sächs. B.G.B. kennt dieses Prinzip in seinem § 960.

[3]) A. a. O. § 327.

Die bezeichnete Regel ist wahr in einem ganz anderen Sinn, nämlich in dem Sinn, dass demjenigen, welcher die Gefahr eines bestimmten Ereignisses trägt, auch der von diesem Ereignis verursachte Gewinn gebührt.

§ 281 will nichts anderes als dieses Prinzip wiedergeben. Dabei gebraucht er statt des langen Satzes: «was dieses Ereignis dem Schuldner zugeführt hat» einfach die Ausdrücke «Ersatz und Ersatzanspruch».

Es ist nicht zu leugnen, dass diese Terminologie Missverständnisse zur Folge haben kann.

Es sind diese Begriffe: «Ersatz und Ersatzanspruch» mit grosser Vorsicht zu interpretieren.

Zunächst ist zu erwägen, dass hier der Ersatz mit nichten als gleichbedeutend mit dem Suffix «— — — ersatz» im Worte «Schadenersatz» zu nehmen ist. Diese Erkenntnis führt uns zur Ablehnung der Ausführungen von Kisch[1]). Dieser Autor sagt: Ersetzt kann nur werden, was in Wirklichkeit nicht vorhanden ist; «ersetzen» bedeutet immer ein Ausfüllen von Lücken. Auf diesem Wege kommt er zu dem Resultat: was der Schuldner durch ein Rechtsgeschäft, welches die Leistungsunmöglichkeit herbeigeführt hat, erwirbt, ist niemals «Ersatz», also auch nicht Ersatz im Sinne des § 281. Denn dieser Erwerb des Schuldners ist Aequivalent. Dieser Begriff schliesst den Ersatz aus, denn «der letztere füllt Lücken aus, der erstere lässt überhaupt keine Lücken entstehen». Folge ist, dass § 281 auf diese Art des Surrogates keine Anwendung finden kann.

Diese Schlussfolgerung fusst auf unrichtigen Prämissen.

Der Begriff «Ersatz» in § 281 bedeutet lediglich, was oben in dem Citat von Windscheid richtig zum Ausdruck kommt, folgendes: Der Schuldner hat dem Gläubiger herauszugeben resp. abzutreten, was ihm das die Leistungsunmöglichkeit verursachende Ereignis an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes zuführt.

Es handelt sich nicht darum, dass durch diesen Erwerb des Schuldners eine auf seiner Seite vorhandene Vermögensminderung ausgeglichen werde. Das kann vielleicht der Fall sein, ist aber nicht Voraussetzung für die Anwendung des § 281.

Noch viel weniger natürlich muss es sich um ein wirkliches «Ausfüllen» einer Lücke im Vermögen des Gläubigers handeln. Das schliest schon der Wortlaut des § 281 aus.

---

[1]) A. a. O. S. 198 ff.

«Ersatz» ist hier nur eine schlechte Uebersetzung des Wortes Surrogat und § 281 soll nichts anderes besagen, als dass der Gläubiger dieses Surrogat verlangen kann, wenn er will; dass der auf rechtsgeschäftlichem Wege gemachte Erwerb, der an Stelle des geschuldeten Gegenstandes getreten ist, lediglich deswegen, weil er kein Ersatz im Sinne von Schadenersatz ist, nicht unter das im § 281 gemeinte Surrogat fallen soll, folgt nur aus der unrichtigen Ansicht, die den Ersatz im Sinne des § 281 mit dem Begriff Schadenersatz vermengt[1] [2]).

Alles, was der Schuldner durch dasselbe Ereignis, welches die Leistungsunmöglichkeit zur Folge hat, erwirbt, und zwar an Stelle des Leistungsgegenstandes, als Surrogat desselben, ist unter § 281 als Ersatz einzubegreifen, einerlei, ob die Lücke im Vermögen des Schuldners dadurch ausgefüllt wird, oder ob das Surrogat den Zweck hat, dieselbe auszufüllen; wenn es nur den Zweck hat, an Stelle des geschuldeten Gegenstandes zu treten.

Nun kommt Kisch[3]) mit einem momentan frappierenden Beispiel: «Wenn ein Pferd, welches der Schuldner verkauft hat, von ihm vor der Uebergabe gegen ein Gemälde umgetauscht wird, so kann man doch dem Gläubiger nicht ein Recht an diesem Gemälde zusprechen». Diese Konsequenz wäre allerdings lächerlich; das Beispiel beweist aber auch in der Tat nichts gegen unsere Behauptungen und nichts für die Behauptungen des genannten Autors. Es ist oben gesagt: Alles was der Schuldner durch das gleiche Ereignis u. s. w. erwirbt, fällt unter Ersatz des § 281, soferne es Surrogat ist.

Dies ist eine wichtige, aber unbedingt nötige Einschränkung des Begriffs «Ersatz». Sie will besagen, dass nicht alles schlechthin, was der Schuldner durch das die Leistungsunmöglichkeit verursachende Ereignis gewinnt, unter «Ersatz» fällt, sondern nur, in soweit es in abstracto geeignet ist,

---

[1]) Hier kann angefügt werden, dass auch das Wort Ersatzanspruch nicht genau genug ist. Es ist nur richtig, soweit es sich handelt um Abtretung von Schadenersatzansprüchen aus Delikt, die an Stelle des Leistungsgegenstandes treten, und tatsächlich darauf gerichtet sind, für denselben vollständigen Schadenersatz zu gewähren. Dagegen ist es nicht richtig, mit Rücksicht auf die allerdings von Kisch aus dem im Text genannten Grunde in Abrede gestellte Möglichkeit einer Subsumierung von Ansprüchen aus Kontrakten unter das im § 281 gemeinte Surrogat. Mit welchem Rechte man diese als Ersatzansprüche bezeichnen sollte, ist nicht abzusehen. In der Tat aber gehören auch diese Ansprüche unter den im Worte Ersatzanspruch versteckt vorhandenen Begriff des Surrogates.

[2]) Matthias, Lehrb. d. bürg. R. (Berlin 1900.) Bd. I, S. 381.

[3]) A. a. O. S. 199, Note 3.

wirklich ein Surrogat für den ursprünglichen Gegenstand darzustellen, d. h.: 1. Es kommt nicht darauf an, ob der neue, als Surrogat fungieren sollende Gegenstand an wirtschaftlichem Werte dem ursprünglichen Gegenstande gleichkommt; 2. es ist aber unbedingt notwendig, dass nicht nur der im konkreten Falle beteiligte Gläubiger, sondern, dass die Allgemeinheit den neuen Gegenstand als vertretungsfähig anerkennt, m. a. W. dass jedermann dem neuen Gegenstand die Fähigkeit, den alten wirtschaftlich zu vertreten, zuspricht[1]).

Dass ein Gemälde einem Pferde an Wert gleichkommen kann, ist selbstverständlich. Dass ein Gläubiger im konkreten Falle statt mit einem Pferde mit einem Gemälde vorlieb nehmen kann, wenn es ihm der Schuldner als Surrogat anbietet, ist denkbar. Ob aber im Allgemeinen ein Gemälde als ein Gegenstand betrachtet wird, den man eventuell statt eines Pferdes in den Kauf nimmt, dürfte berechtigten Zweifeln unterliegen.

Für unsere Ansicht, dass das Surrogat abstrakte Vertretungsfähigkeit im wirtschaftlichen Sinne besitzen müsse, lassen sich auch aus dem Gebiete des gemeinen Rechtes Argumente anführen, deren Beweiskraft nicht ganz von der Hand zu weisen sein dürfte.

Es handelt sich in allen den Fällen, die von einem stellvertretenden commodum handeln und in denen der Satz «commodum ejus esse» u. s. w. als grundlegendes Prinzip erkennbar ist, um Dinge die unter allen Umständen wirtschaftliche Vertretungsfähigkeit besitzen: Geld[2]), Klagen, die in letzter Linie auf Kondemnation zu Geld abzielen[3]), und in einigen Spezialfällen um Dinge, deren Eigenschaft als Surrogat billig niemand in Zweifel wird ziehen können[4]).

Es dürfte somit mit Recht anzunehmen sein, dass auch unter den Gegenständen, die als Ersatz in § 281, der nur eine Wiedergabe des gemeinrechtlichen Prinzipes sein soll, nur solche verstanden werden können, die abstrakte wirtschaftliche Vertretungsfähigkeit besitzen[5]).

---

[1]) Um Missverständnissen vorzubeugen, sei nochmals darauf hingewiesen: nicht ob sich alter und neuer Gegenstand in concreto im Werte decken, ist zu prüfen, sondern ob der neue Gegenstand überhaupt wirtschaftlich die Fähigkeit hat, in abstracto als Wertobjekt an Stelle des andern alten Gegenstandes zu treten.

[2]) [3]) L 14 pr D 19. I; L 7 § 3 D 10. 3; L 78 § 4 D 23. 3; L 1 § 47 D 16. 3 u. a. m.

[4]) Der reelle Teil eines Grundstückes an Stelle der ideellen Quote. L 13 § 17 D 19. 1.

[5]) Folglich muss gerade beim Tausch sehr vorsichtig mit Anwendung des § 281 vorgegangen werden.

Somit dürfte die Ansicht, dass auch der durch ein Rechtsgeschäft, das Ursache der Leistungsunmöglichkeit ist, gemachte Erwerb Ersatz im Sinne des § 281 sein kann, als wohl haltbar erwiesen sein.

Diese Frage aber der Subsumierung eines derartigen Surrogates unter «Ersatz» im Sinne von § 281 ist — und darin liegt die Bedeutung vorstehender Auseinandersetzungen — für das moderne Recht des B.G.B. von viel weittragenderer Wirkung als für das gemeine Recht.

Es ist schon in Nr. I erwähnt worden, dass nicht nur die Fälle unverschuldeter, sondern auch die der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung unter § 281 fallen. Während daher im gemeinen Rechte der rechtsgeschäftliche Erwerb des Schuldners schon deshalb nicht schlechthin unter das commodum zu rechnen war, weil hier die Zuteilung des commodums an den Gläubiger wie S. 44 dargelegt ist, vom Erleiden eines Nachteils[1]), und dieses in sehr vielen Fällen davon abhing, ob der Gläubiger die Gefahr[2]) trug, d. h. also, dass der Schuldner an der Unmöglichkeit der Leistung keine Schuld trug, ist diese Voraussetzung im B.G.B. gefallen, so dass alle möglichen Fälle eines rechtsgeschäftlichen Erwerbes des Schuldners, der durch das Rechtsgeschäft sich die Leistung unmöglich gemacht hat, Berücksichtigung bei Auslegung des Begriffes «Ersatz» nach § 281 B.G.B. finden müssen[3]).

Der weitaus am häufigsten vorkommende, hieher gehörige Fall dürfte wohl der des doppelten Verkaufes sein. Mit Rücksicht auf den Umstand einerseits, dass § 281 auch die zu vertretende Leistungsunmöglichkeit in den Bereich seines Wirkungskreises zieht, und auf die Tatsache andrerseits, dass die Regel über die Gefahr beim Kaufe im B.G.B. in einer unserem Rechtsempfinden entsprechenderen, nicht zu soviel Kontroversen Anlass gebenden Weise geregelt wurde, fallen jene Schwierigkeiten hinweg, die sich uns auf

---

[1]) Periculum im Sinne der Ausführungen Mommsens (Siehe S. 39).

[2]) Periculum im technischen Sinne.

[3]) Mit Recht sagt Kisch a. a. O. S. 210, Note 4, dass die Fälle der Enteignung u. s. w., die Mommsen anführt, nicht unter Rechtsgeschäfte zu rechnen seien; was nicht ausschliesst, diese Fälle als besondere Fälle der Leistungsunmöglichkeit wie im gem. Recht zu berücksichtigen. Dafür dass auch nach römischen Rechte ähnliche Fälle, so weit die übrigen Voraussetzungen zutrafen, unter die Regel commodum u. s. w. zu subsumieren waren, ist insbesondere L 1 § 47 D 16. 3. ein vollgültiger Beweis und Mommsen hat daraus mit Recht weitere Konsequenzen gezogen und für das gem. Recht jene Ansicht vertreten, welche von Kisch a. a. O. S. 198 ff. für das Gebiet des B.G.B. verworfen wurde.

dem Gebiete des gemeinen Rechts über die Frage der Gefahr und die Zuteilung des commodums in diesem Falle entgegen türmten.

Es ist daher für das B.G.B. ausser allem Zweifel, dass ein Verkäufer, der zum zweitenmale verkaufte, verpflichtet ist, dem Gläubiger den Erlös aus dem zweiten Kaufe als Ersatz herauszugeben, resp. ihm eine actio venditi abzutreten[1]). Ferner ist es zweifellos, dass ein Pfandgläubiger, der die Pfandsache schuldloser oder schuldhafterweise veräussert hat, dem Pfandschuldner nach Beendigung des Pfandrechtes, demselben den Erlös dafür nach § 281, Abs. I, herausgeben muss oder nach § 281, Abs. II, auf den Schadenersatz anrechnen lassen muss.

III.

Rechtliche Natur des Anspruches auf Grund Paragraph 281.

§ 280, Abs. I, sagt: «Soweit die Leistung durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen». Beachtet man nun den Umstand, dass § 281 II bei zu vertretender Leistungsunmöglichkeit auch eine Herausgabe- oder Abtretungspflicht hinsichtlich des stellvertretenden commodums begründet, so kann man sich allerdings der Erwägung nicht von vornherein verschliessen, ob nicht § 281 lediglich eine besondere Form des Schadenersatzes vorstellt, wie Matthias a. a. O. Bd. I, S. 344, behauptet. Allein schon § 281, Abs. II, dürfte hier Bedenken wachrufen[2]). Ausserdem aber ist noch ein sehr gewichtiges Argument vorhanden, welches gegen eine solche Annahme spricht: ist es überhaupt angängig, den Anspruch aus § 281, welcher bei der nicht zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit auf Herausgabe des Ersatzes bezw. Abtretung des Ersatzanspruches gerichtet ist, unter den Schadenersatz einzubegreifen, selbst wenn dies bezüglich des Ersatzes, der an Stelle des durch Verschulden des Schuldners nicht mehr leistbaren Gegenstandes tritt, annehmen wollte? Rücksichtlich eines durch Rechtsgeschäft erworbenen Surrogates ist die Frage schon in

[1]) Siehe Seite 20, Note 1.

[2]) Allerdings könnte man mit Rücksicht auf die Ansicht von Matthias sagen: es ist eben eine besondere Art des Schadenersatzes und als solche dem gewöhnlichen Schadenersatze wie er in § 280 Abs. II gemeint ist, entgegenzustellen. (Vergl. S. 51 und die Note 2 dortselbst.)

den Ausführungen unter Nr. II dahin beantwortet, dass dies im einen wie im andern Falle nicht anzunehmen sein dürfte, und es kann daher darauf verwiesen werden.

Es ist hier nur noch folgendes zu erörtern:

Ein Begriff, wie der des Ersatzes in § 281, der nach den Ausführungen unter Nr. II ein technischer des B.G.B. zu nennen ist, kann nicht mit Rücksicht auf andere Gesetzesstellen im einen Falle so, im andern anders gefasst werden. Wenn er mit Rücksicht auf seine Geschichte und seinen Zweck eine einmal festgelegte Bedeutung hat, so muss er sie behalten. Wenn er also darnach nur als Surrogat aufgefasst werden kann, so darf er nicht aus den obengenannten Erwägungen, die jedenfalls den Aufstellungen Matthias' zu Grunde liegen und die nur die Fälle verschuldeter Unmöglichkeit berücksichtigen, plötzlich als blosses Ersatzwort für den Begriff Schadenersatz aufgefasst werden (vergl. S. 50 fl.).

Es ist somit zu resumieren: § 281 stellt einen besonderen, aus Gründen der Billigkeit hervorgehenden und entsprechend dem Gefühle der ausgleichenden Gerechtigkeit konstruierten Anspruch dar, der schon im gemeinen Rechte vorhanden, hier in weiterer Ausbildung und Entwicklung als unserem Rechtsleben entsprechend in den allgemeinen Teil des Obligationenrechtes aufgenommen worden ist.

Der Anspruch hat seinen rechtlichen Grund im Schuldverhältnisse, erstreckt sich aber kraft positiv-rechtlicher Vorschrift auf den Ersatz (Surrogat).

Nachdem in negativer Weise festgestellt ist, dass der Anspruch aus § 281 kein Schadenersatz-Anspruch ist, wird es notwendig die rechtliche Natur des Anspruches auf das commodum, wie er sich aus dem positiven Rechte ergibt, näher zu präzisieren.

Wie Seite 29 erwähnt ist, müssen wir uns mit der Tatsache abfinden, dass die im I. Teile, insbes. Seite 24—29 gefundenen Grundsätze über die Leistungsunmöglichkeit und deren Wirkungen, die wir aus der in Abt. I des I. Teiles gemachten grundsätzlichen Trennung von Inhalt und Gegenstand rechtlicher Beziehungen hergeleitet haben, im B.G.B. nicht anerkannt, und in den § 275 fl. nicht zum Ausdruck gelangt sind.

Es ist somit zur Erklärung der rechtlichen Natur des Anspruches auf Grund des § 281 zunächst auszugehen von dem Satze, der sich uns bei Prüfung der §§ 275, 279 und 280 l. c. als Grundlagen der Unmöglichkeitslehre nach B.G.B. ergeben.

§ 275 sagt: «Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird».

Es findet sich sonst im Gesetzbuch keine Stelle, die zur Auslegung respektive zur Erklärung der Worte «wird von der Verpflichtung zur Leistung frei» und ihrer Tragweite eine Handhabe böte.

Von der Kritik des ersten Entwurfes[1]) wurde es als überflüssig bezeichnet, eine solche Bestimmung, wie § 275 sie darstellt, überhaupt aufzunehmen.

Dass diese Ansicht nicht geteilt wurde, beweist die Existenz dieses Paragraphen im B.G.B.

Aus derselben geht hervor, dass man die vernichtende Wirkung der nachträglichen Unmöglichkeit nicht für ohne weiteres klar hielt. Von dem hier (S. 26 fl.) vertretenen Standpunkte aus ist dies natürlich noch viel weniger der Fall.

Können hierüber Zweifel obwalten, so ist es dagegen unbestreitbar, dass die Stellung des § 275 im System[2]) und insbesondere der Wortlaut desselben — wenn man auch die hier (S. 24—29) vertretene Ansicht nicht zu Grunde legen kann[3]) — zu Unklarheiten Anlass geben muss.

Da indes das B.G.B., wie schon S. 42 erwähnt, sich in dieser ganzen Materie eng ans gemeine Recht anlehnt[4]) und mit Rücksicht darauf auch eine seltene Einmütigkeit in der Auffassung des Sinnes des § 275 sich zeigt[5]), so wird man wohl dem Willen des Gesetzes am gerechtesten, wenn man, den Einfluss des gemein. R. folgend[6]), § 275

---

[1]) Goldschmidt, Krit. Erörterungen zu E I; Heft I, S. 178. Gierke, der Entwurf eines B.G.B. und das deutsche Recht. S. 130.

[2]) Gegenüber dem gem. R. (vergl. S. 42).

[3]) Siehe S. 42.

[4]) Was insbesondere die Gegenüberstellung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit und der § 279 beweist. Vergl. 1 107 D 46. 3. und Windscheidt, Lehrb. d. Pand. Bd. II, § 360. Dernburg, Lehrb. d. Pand. Bd. II, § 68. Sintenis, das gemeine Civilrecht. Bd. II, 106, E. u. a.

[5]) Kleineidam a. a. O. S. 107. Endemann a. a. O. Bd. I, § 27. Nr. 1a. Cosak, Lehrb. d. bürg. R. Bd. I, § 113. Nr. 5. Dernburg, Lehrb. d. bürg. R. Bd. II. Abtl. I. § 62. S. 132. Kisch a. a. O. S. 213. N II. Planck, Kommentar z. B.G.B., Rs. d. Schuldverh., zu § 275. Staudinger, desgl., Vorbemerkg. zu §§ 275—283. Oertmann, desgl. zu § 275. Hölder, desgl. zu § 275. Kuhlenbeck, Vom d. Pandekten z. B.G.B. (Berlin 1899). Bd. III. S. 70. Besonders deutlich Crome, System d. bürg. R. Bd. II. § 158. Nr. 1a. u. a. m.

[6]) Dieser zeigt sich auch im Sächs. B.G.B. III, Abschn. V, Abtlg. I.

dahin versteht, dass mit der nachträglichen Unmöglichkeit die Rechtsbeziehungen als erloschen zu betrachten sind.

Zwar macht Titze a. a. O. S. 100 und S. 115 auch angesichts der eben erwähnten Tatsachen, den Versuch, die Ansicht zu vertreten, dass das Schuldverhältnis nicht erlischt, sondern eben «der Schuldner nur von der Leistungspflicht frei werde».

Indess dürfte der Hinweis auf eine Anzeigepflicht des Schuldners, von der derselbe mit Endigung des Schuldverhältnisses auch frei werden müsste, kaum genügendes Argument für diese Ansicht sein. Denn wenn man eine solche auch aus § 242 B.G.B. ableiten will, so würde daraus nur folgen, dass eben in jedem Schuldverhältnisse neben der konkreten Leistung noch die allgemeine Leistung der Anzeige (der Unmöglichkeit) besteht. Nun geht die Folgerung der meisten Autoren, die sich für Endigung der Obligation aussprechen, mit Recht dahin, dass sie endige, insoweit die Leistung unmöglich wird. Insoweit aber eine Anzeigepflicht als gegeben angenommen wird, ist eben dann die Obligation nicht erloschen[1]).

Wir werden uns also der herrschenden Meinung anschliessen und sagen: § 275 spricht prinzipiell als Folge der Leistungsunmöglichkeit die Endigung der Rechtsbeziehungen aus[2]).

Und zwar stellt derselbe in dieser Hinsicht die objektive und subjektive Leistungsunmöglichkeit, welche Unterscheidung das B.G.B. beibehalten zu müssen glaubte, vollständig gleich.

Trotzdem leitet das Gesetz in den §§ 280, 281 aus der Obligation, die infolge der Unmöglichkeit der Leistung gemäss § 275 als erloschen zu betrachten ist, noch Wirkungen her.

§ 280, dessen Betrachtung im folgenden ausscheidet, rechtfertigt man nun damit, dass man, in Anlehnung an das gemeine Recht, den Satz von der zerstörenden Wirkung der Unmöglichkeit seinerseits wieder bedingt sein lässt von dem subjektiven Momente des Verschuldens. Dagegen lassen sich die Wirkungen, die § 281 noch aus der obligatorischen Rechtsbeziehung herleitet, nicht erklären aus

---

Code civil § 1302; dieser sagt im Gegensatz zum B.G.B. ganz präzis L'obligation est éteinte. Auch A. L. R. I, 5 § 364.

[1]) Eine analoge Erwägung gilt für die Argumente, die Titze in Anm. 6, Seite 101—102, bringt.

[2]) Folge ist, dass die Geltendmachung der Leistungsunmöglichkeit im Prozesse sich als Einwendung (als rechtsvernichtende) qualifiziert.

irgend einem auf der Schuldnerseite vorliegenden subjektiven Tatbestandsmomente, das seinerseits der Unmöglichkeit der Leistung hinsichtlich ihrer Wirkungen eine besondere Richtung gibt.

Es stellt sich somit § 281 nicht wie § 280 als ein durch eigenartige Voraussetzungen (Verschulden) hervorgerufener Gegensatz zu § 275 dar, der eben infolge dieser Voraussetzungen gegenüber dieser Gesetzesstelle (§ 275) zu einer in sich selbstständigen Rechtsnorm wird, sondern er kann nur erklärt werden als eine durch besondere Umstände bedingte Ausnahmebestimmung gegenüber § 275, die nicht durch irgend ein in ihr liegendes selbstständiges Moment zu einer innerlich § 275 gegenüber gegensätzlichen Norm gestempelt wird.

Bei dieser durch das Gesetz nun einmal bedingten Auffassung des Verhältnisses zwischen § 275 und 281 kann man die juristisch-technische Konstruktion, die Oertmann und Schollmeyer[1]) von diesem Verhältnisse geben vollständig annehmen[2]). Oertman sagt in den Anmerkungen zu § 323, Abs. II, «es liege ein resolutiv-bedingter Wegfall des Schuldverhältnisses vor», bedingt durch das Vorhanden- resp. Nichtvorhandensein eines Surrogats.

Aehnlich Schollmeyer zu § 323, er spricht von einer gesetzlich bedingten Aufhebung.

Man muss nicht von dem § 323 ausgehen, um zu einer solchen Annahme zu kommen, denn auch für einseitige Schuldverhältnisse trifft diese Konstruktion zu.

Somit ergibt sich als Grundlage des Anspruches aus § 281 ein doppeltes:

1. Der Anspruch auf das Surrogat leitet sich her aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, welches

2. durch spezielle gesetzliche Bestimmung (§ 281) vor der Wirkung des § 275 geschützt wird und, insoweit ein Surrogat vorhanden ist, aufrecht erhalten bleibt.

Es konkurrieren also ein vertragsmässiges und ein gesetzliches Element[3]).

---

[1]) Oertmann, Kommentar z. Recht der Schuldverhältnisse, zu § 323 Schollmeyer, desgl., zu § 323.

[2]) Wenn auch, wie Titze a. a. O. S. 115 sagt, das Gefühl des Gekünstelten nicht unterdrückt werden kann; der Grund liegt nicht in der Konstruktion, sondern tiefer, in der ganzen Behandlung und den Grundlagen der Unmöglichkeitslehre nach B.G.B.

[3]) Nicht, als ob nicht zu Rechtsbeständigkeit eines jeden Rechtsgeschäftes die gesetzliche Anerkennung nötig wäre. Das ist eine nirgends ausgesprochene selbstverständliche Voraussetzung des ganzen Rechtsgebietes.

IV.

Folgen dieser Theorie.

1. Mit der Leistung des Surrogates endigen die rechtlichen Beziehungen, d. h. das Schuldverhältnis. Wenn der Schuldner, falls dieses den Wert der Leistung nicht deckt, freiwillig noch einen Ersatz bis zur vollen Wertgrenze des Leistungsgegenstandes, dessen Leistung unmöglich geworden ist, darauf gibt, so kann er condicieren.

2. Die Leistung des Surrogates ist keine Leistung an Erfüllungsstatt nach § 364, Abs. II.

3. Die Pfänder und Bürgschaften, welche die Leistung des nicht mehr leistbaren Gegenstandes verbürgen sollten, haften für die Leistung des Surrogates weiter.

Dies ist eine auf den ersten Blick wohl überraschende Folge. Aber die Erwägung, dass diese Sicherungsmittel nicht den Gegenstand der Leistung versichern, sondern die Leistung als solche verbürgen sollen, verbunden mit der Erkenntnis, dass der Anspruch auf Leistung aus der Obligation ihren Ursprung hat, führt zu der notwendigen Folge, die Arten der Sicherung eines Forderungsrechtes auch insoweit fortbestehen zu lassen, als die Wirkung desselben auf das Surrogat gerichtet wird.

Das Gleiche gilt aus gleichen Gründen für die Verjährung[1]).

4. Wenn der Gläubiger im Prozesse seinen Antrag statt auf den unmöglich gewordenen Leistungsgegenstand auf das Surrogat richtet, so folgt aus der Konstruktion des Anspruches, wie er S. 55—58 gegeben ist, dass eine Aenderung des Klagegrundes nicht vorliegt.

Und dass § 268 Ziff. 3 C. P. O. auf das Surrogat bezogen werden kann, bedarf wohl keiner weiteren Begründung[2]).

V.

Voraussetzungen des Anspruches im positiven Rechte.

Der im § 281 begründete Anspruch des Gläubigers ist von einer Reihe von Voraussetzungen bedingt, die aus dem

---

Hier liegt ausserdem noch eine besondere, vom Gesetze aufgestellte Voraussetzung vor, die in der Hemmung der Wirkung des § 275 sich zeigt.

[1]) So im Resultate auch Titze a. a. O. S. 116, auch Kisch a. a. O. S. 213.

[2]) So im Ergebnis auch Titze a. a. O. S. 117.

Wortlaute dieses Paragraphen selbst sich ergeben, und, einer näheren Betrachtung unterzogen, in mancher Hinsicht diesem Anspruch eine besondere Richtung geben und teilweise eine Begrenzung hinsichtlich seines Geltungsgebietes bedingen.

1. «Erlangt der Schuldner . . .» Man kann im allgemeinen den Ausführungen von Kisch und Schollmeyer in dieser Beziehung beistimmen, bei welchen bemerkt ist, dass der Gläubiger den Ersatz oder Ersatzanspruch nicht verlangen kann, wenn der geschuldete Gegenstand gar nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gehörte. Hier fehlt jeder Anhaltspunkt für eine Anwendung des § 281.

Wenn der Fall so liegt, dass z. B. der Schuldner für den Gegenstand eine Entschädigung erhält, zugleich aber auch der Gläubiger mit Bezug auf ein ihm rücksichtlich dieses Gegenstandes zustehendes Recht einen Anspruch auf Entschädigung zu erheben befugt ist[1]), könnte man, abgesehen davon, dass in solchen Fällen eine Anwendung des § 281 aus anderen Gründen zu bestreiten[2]) ist, für den ersten Blick im Zweifel sein, ob § 281 angewendet werden kann oder nicht. Namentlich vom Standpunkte Matthias aus, der in der Regel des § 281 nur eine positiv-rechtliche Anordnung über den Schadenersatz erblickt, könnte man zur Folgerung kommen, es hätte der Gläubiger das Recht, neben der ihm an und für sich zugesprochenen Entschädigung noch soviel von dem dem Gläubiger zufallenden Ersatze zu verlangen, dass sein Ausfall voll gedeckt wäre.

Der hier vertretenden Auffassung gemäss, wird man in diesem Falle zu der Folgerung kommen müssen, dass der Gläubiger nicht das Recht hat, die dem Schuldner zufallende Entschädigung, auch nur zum Teil, für sich in Anspruch zu nehmen. Denn der Ersatz, welcher dem Gläubiger in einem solchen Falle zu Teil wird, wird immerhin berechnet nach den Grundsätzen, die sein Interesse in Betracht ziehen und daher auf «Ersetzung» des ihm zugehenden Schadens abzielen. Unter Berücksichtigung dessen, was in Nr. I gesagt ist, wird daher eine solche Folgerung, wie eben gezogen ist, abzulehnen sein.

Hier schlägt noch eine Frage ein, die von grossem Interesse ist und zu diversen Streitfragen Anlass gegeben hat, ob nämlich der Gläubiger aus der bloss obligatorischen Berechtigung einen Entschädigungsanspruch gegen Dritte her-

[1]) Preuss. Enteignungsgesetz § 11, in welchem der Mieter einer Sache bei Zwangsenteignung wegen des ihm entzogenen Gebrauches Entschädigung erhält.

[2]) Vergl. unter Nr. 4, S. 68 fl.

zuleiten befugt ist, m. a. W. ob ein Vertrag mit der Rechtsfolge des § 823 verletzt werden kann.

Es ist hier nicht der Ort, auf diese Streitfrage des Näheren einzugehen[1]). Es scheint die Ansicht, welche diese Frage verneint[2]), die triftigeren Argumente auf ihrer Seite zu haben, und von diesem Standpunkte aus wäre dann die Anwendung des § 281 für alle diese Fälle gerechtfertigt.

2. «Infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht . . .» Dass eine blosse Veranlassung eines commodums durch den die Unmöglichkeit verursachenden Umstand ohne notwendigen Kausalzusammenhang genügt, dürfte kaum anzunehmen sein. Es muss das commodum eine «Rechtsfolge»[3]) dieses Umstandes sein. Wenn z. B. der Schuldner von einem Freund aus blosser Menschenfreundlichkeit nach Eintritt der Folge der Leistungsunmöglichkeit für den Gegenstand, der untergegangen ist, etwa einen Ersatz in Geld erhält[4]) so kann man denselben nicht als «infolge des Umstandes der die Unmöglichkeit verursacht», gewonnen hinstellen.

Es gehören somit hieher die Fälle des Anspruches aus § 823, die Entschädigung in der Zwangsenteignung, die aus einem Rechtsgeschäfte des Schuldners über den Gegenstand für ihn resultierenden Ansprüche, die dem Miteigentümer infolge der Auseinandersetzung zufallende Ersatzsumme.

Dagegen steht wohl fest, dass dieser die Unmöglichkeit verursachende Umstand nicht die ausschliessliche Grundlage für das dem Schuldner zufallende commodum zu sein braucht[5]), sondern dass es genügt, wenn er eine Voraussetzung (unter mehreren) darstellt.

Es würde sonst eine Reihe von Fällen ausgeschlossen werden, welche auszuschalten der ratio legis kaum entsprechen dürfte.

---

[1]) Vergl. Oertmann «Ueber den Schadenersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten». Festgabe der Berl. Juristen-Fakultät für H. Dernburg, Seite 61 ff, und die dort angegebene Litteratur; auch Titze a. a. O. S. 328 ff.

[2]) Die in voriger Note Genannten; auch Fischer-Henle, Handausgabe d. B.G.B. § 823, Note 8.

[3]) Kisch, a. a. O. S. 203.

[4]) Ohne dass irgend eine Verabredung dahin bestünde, dass derselbe einen Schaden der event. Leistungsunmöglichkeit ersetzen solle.

[5]) So übereinstimmend Kisch a. a. O. S. 203; Kleineidam a. a. O. S. 115, 116; Titze a. a. O. S. 117; Schollmeyer a. a. O., Staudinger a. a. O., Planck a. a. O. je zu § 281; ferner Endemann a. a. O. § 127, Nr. 6; Oertmann, Kom. zu § 281; Eneccerus-Lehmann. d. Bürg. R., Bd. I, S. 473—4; Crome. System d. Bürg. R., Bd. II, S. 126—127.

Dies ist besonders wichtig für jene Fälle, in welchen der Ersatz oder Ersatzanspruch aus einem Rechte auf Entschädigung herstammt, welches seinen Grund in einem Rechtsgeschäfte oder im Gesetze hat. So z. B. wo die Konventionalstrafe nicht bloss Straf- sondern auch Schadenersatzzwecke verfolgt. Desgleichen gehört zu den Fällen des aus Rechtsgeschäft stammenden Entschädigungsanspruches der Versicherungsanspruch (siehe IV. Teil). Ein Beispiel für einen im Gesetze begründeten Schadenersatzanspruch dürfte die sog. Tierhaftung des § 833 B.G.B. sein. In allen diesen Fällen ist der Ersatz oder Ersatzanspruch durch das die Unmöglichkeit verursachende Ereignis in Wirksamkeit getreten, hat aber seine rechtliche Grundlage in etwas ausserhalb dieses Ereignisses Liegendem.

3. «Für den geschuldeten Gegenstand . . .» Der erste Entwurf sprach von einem «Gegenstand der Leistung», an dessen Stelle das Surrogat treten sollte. Im Entwurfe der 2. Lesung wurde der Wortlaut geändert in «geschuldeten Gegenstand»[1]).

Dies geschah in der Erwägung, dass der Ausdruck «Gegenstand der Leistung» sehr leicht zu Missverständnissen Anlass geben könnte.

Bezüglich des in § 238 des E I sich findenden Begriffes «Gegenstand der Leistung» bemerken die Motive zu I E Bd. II, S. 46: «Bei Anwendung des § 238 ist übrigens in letzter Linie darauf zu sehen, was nach dem konkreten Schuldverhältnisse den Gegenstand der Leistung bildet und ob der Schuldner für diesen Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt hat, da die event. Verpflichtung des Schuldners dahin geht, den für den Gegenstand der Leistung erhaltenen Ersatz oder Ersatzanspruch dem Gläubiger herauszugeben».

Diese Prüfung ist auch dadurch nicht überflüssig geworden, dass der § 281 dem Entwurfe der 2. Lesung gemäss statt «Gegenstand der Leistung» den Ausdruck geschuldete Leistung gebraucht. Ist damit zwar angedeutet, dass nur der von uns sogenannte mittelbare Gegenstand es sein kann, an dessen Stelle der Gläubiger das Surrogat soll verlangen können, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, was als Ersatz im einzelnen Falle zu betrachten sei.

Denn auch der Begriff «geschuldeter Gegenstand» ist nicht etwas so ein für allemal Feststehendes, dass man über

---

[1]) E I § 238, B. § 275.

ihn und damit auch über den Ersatz u. s. w. nicht Zweifel hegen könnte.

a) Die einfache Erwägung, dass die verschiedenen Typen der Forderungsrechte mit Rücksicht auf denselben Gegenstand ganz verschiedene Zwecke rechtlicher und wirtschaftlicher Art verfolgen können, gibt eine Reihe von Zweifelsfällen.

Es ist ohne weiteres klar, dass bei einem Forderungsrecht, gerichtet auf Uebertragung eines Vermögenswertes in einen Vermögenskomplex zu dauernder Einverleibung, nicht das gleiche Objekt in gleicher wirtschaftlicher Zweckbestimmung geschuldet wird wie bei einer Forderung, die den Zweck verfolgt, den Gegenstand, der als Träger des Vermögenswertes in Betracht kommt, nur zum Zwecke vorübergehenden Gebrauches in der Machtsphäre einen anderen rechtlich zu verstricken.

Desgleichen ist es fraglich, ob und in wieweit bei Forderungen auf Dienstleistungen von der Möglichkeit eines Ersatzes des geschuldeten Gegenstandes und einem Rechte des Gläubigers darauf nach § 281 die Rede sein kann.

Hierüber herrscht in der Litteratur eine tiefgehende Meinungsverschiedenheit.

So sagt z. B. Kleineidam[1]): «Als der geschuldete Gegenstand im Sinne des behandelten Paragraphen ist das von dem Unmöglichwerden betroffene wirtschaftliche Gut zu erachten, welches der Schuldner aus seinem Vermögen in das des Gläubigers zu übertragen verpflichtet ist. Diese Uebertragung ist nun in der Weise denkbar, dass das gesamte Gut in derselben Form, in der es sich bei dem Schuldner befindet, dem Gläubiger übertragen werde, wie es z. B. der Fall ist bei dem Verkaufe einer Sache, oder dass es bei der Uebertragung seine Form wechselt und entweder als abgesplitterter Teil eines umfassenderen schuldnerischen Gutes wie z. B. bei den auf Ueberlassung des Gebrauches gerichteten Verträgen übertragen wird oder endlich nur im Effekt das Vermögen des Gläubigers beeinflusst, wie z. B. bei den auf blosse Handlungen des Schuldners gerichteten Verträgen. Bei der Allgemeinheit des vom Gesetze gewählten Ausdrucks «geschuldeter Gegenstand» werden alle diese Fälle (sc. v. § 281) umfasst».

Darnach könnte der Mieter für den durch die Leistungsunmöglichkeit entzogenen Gegenstand von dem Vermieter eine entsprechende Quote des diesem event. zufallenden

---

[1]) A. a. O. S. 117.

Ersatzes — welcher Art er immer sein möge — für den Gegenstand dafür verlangen, dass er durch die Leistungsunmöglichkeit des vertragsmässigen Gebrauches darben muss.

Auch der Arbeitgeber könnte vom Arbeiter die von diesem für die Schmälerung der Arbeitskraft erlangte Unterstützung zu einem entsprechenden Betrage als Surrogat, für sich in Anspruch nehmen.

Der gleichen Ansicht ist Schollmeyer[1]), der in Bezug auf den letzteren Fall in Uebereinstimmung mit Kleineidam insoferne eine Grenze zieht, als nur der Ersatz für Schmälerung der Arbeitskraft, nicht für ideellen Schaden, aus § 281 von dem Gläubiger mit Recht beansprucht werden könnte[2]).

Andere sind mit verschiedenen Begründungen der entgegengesetzten Ansicht.

Am radikalsten geht Titze vor. Er motiviert seine Ansicht, dass der Anspruch des § 281 nur in den Fällen, in welchen der Gläubiger durch die ursprüngliche Obligation den Anspruch auf dauerndes Behalten des geschuldeten Gegenstandes hatte (sog. Tauschobligation), statt haben könne, mit dem Hinweis auf den Wortlaut § 281. Die Ausdrücke «Herausgahe und Abtretung» könnte nur dann gebraucht werden, wenn schon der ursprüngliche Gegenstand dauernd in das gläubigerische Vermögen übergehen sollte.

Eine ähnliche Anschauung liegt wohl auch den Ausführungen von Plank, Endemann und den Motiven zu Grunde[3]).

Eine besondere in der Mitte zwischen diesen Ansichten stehende Meinung spricht Kisch[4]) aus. Er sagt zunächst: Es kommt darauf an, dass der Ersatz gerade für den Vermögenswert erlangt wurde, dessen Uebertragung auf den Gläubiger unmöglich wurde, weshalb der Anspruch vornehmlich für den Fall einer geschuldeten Sache zutrifft.

---

[1]) A. a. O. Nr. II, c. e.

[2]) Crome a. a. O. S. 126—7 will die Zulässigkeit des Anspruchs aus § 281 in den genannten Fällen davon abhängig machen, dass die Quote des Interesses des Gläubigers tatsächlich ermittelt werden kann; er geht also von rein praktischen Erwägungen aus. Vergl. auch Eneccerus-Lehmann a. a. O. S. 427.

[3]) Planck a. a. O. § 281; Endemann a. a. O. Bd. II, § 127; Titze a. a. O. S. 112. Vergl. etwas abweichend auch Laband i. Archiv f. Civil. Praxis, Bd. 43, S. 196. Auf den gleichen Standpunkt auch Motive Bd. II, S. 47.

[4]) A. a. O. S. 205.

Indes will er den Anspruch nicht darauf beschränkt wissen; gänzlich ausgeschlossen ist er nach Kisch nur, wenn die Leistung nur in einer Handlung oder Unterlassung des Schuldners besteht, weil hier dem Schuldner kein von der Leistung selbst unterscheidbares Vermögensobjekt entzogen wird.

Dagegen will er im Gegensatz namentlich zu Titze den Anspruch für den Fall zulassen, dass der Schuldner nicht für den Gegenstand als Vermögenswert, sondern für die Entziehung des Gebrauches des Gegenstandes eine Entschädigung erlangt hat.

Das sind allerdings, wie der Autor selbst zugibt, seltene Fälle, aber nicht ausgeschlossen[1]).

Aber wenn der Schuldner für den Gegenstand selbst Ersatz verlangt, dagegen nur zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet ist, kann der Gläubiger auch nach Kisch den Anspruch des § 281 nicht geltend machen. Ebensowenig kann der Gläubiger die Nutzungen des Ersatzes in Anspruch nehmen.

Vor wir in die Beantwortung dieser Frage, wie sie sich aus den Grundlagen, von denen hier ausgegangen wird, ergibt, eintreten, dürften einige Erwägungen über den Begriff «geschuldeter Gegenstand» mit Rücksicht auf die Ausführungen in Nr. I des Teiles I am Platze sein.

Die ersten Zweifel über das Wesen dieses Begriffes tauchen auf bei Betrachtung jener Forderungen, welche gerichtet sind nicht auf Uebertragung von Vermögenswerten von einem rechtlich zu einer Einheit verbundenen Vermögenskomplexe in einen andern, sondern auf die Gewährung des Gebrauches des Gegenstandes, in dem sich der Vermögenswert verkörpert.

Es ist wohl ausser Frage, dass der Gebrauch nur dann stattfinden kann, wenn der Gegenstand selbst in das entsprechende äussere Verhältnis zum Schuldner gebracht wird, welches durch die Art des Gebrauches bedingt ist.

Insoferne ist der Gedanke nicht absurd, dass der Gegenstand selbst, ebenso wie bei Tauschobligationen, geschuldet ist, nur eben nicht als Tauschobjekt, sondern in anderer wirtschaftlicher Funktion[2]).

---

[1]) Z. B. das für eine bestimmte Zeit vermietete Pferd wird von der Militärverwaltung requiriert. Oder dem Aftermieter wird vom Aftervermieter der Gebrauch der Sache nicht gewährt, weil dieser selbst aus Verschulden des Vermieters des Gebrauches darbt.

[2]) Der Ausdruck von Kleineidam, «Form», ist unklar.

Andererseits ist die Erwägung, dass der Gegenstand als solcher nur dann als geschuldet betrachtet werden kann, wenn er seinem Vermögenswerte nach ganz aus der Vermögenssphäre des Schuldners ausscheiden soll, nicht von Anfang an abzuweisen.

Es entsteht somit die Frage: Was ist in einem solchen Falle mittelbarer Gegenstand der Obligation?

Die Antwort dürfte aus Folgendem zu entnehmen sein. In allen Fällen, in denen irgend ein Gegenstand als Objekt rechtlicher Beziehungen (d. Vermögensrechtes) in Betracht kommt, spielt derselbe eine Rolle nicht als solcher schlechthin, sondern in seiner Eigenschaft als Wertobjekt. Nun unterscheidet man, wie schon angedeutet und allgemein bekannt, an jedem Gegenstand, der für den vermögensrechtlichen Verkehr überhaupt geeignet erscheint, also die Verkörperung von Werten darstellt, den Tauschwert und den Gebrauchswert. Es ist dies eine Unterscheidung vom wirtschaftlichen Standpunkte aus, die auch in dem Gebiete des Rechtslebens von grundlegender Bedeutung ist.

Diese beiden Arten des Wertes sind verschiedene wirtschaftliche Funktionen des Gegenstandes in seiner Eigenschaft als Wertobjekt. Der Tauschwert spielt seine Rolle bei den auf Uebertragung von Vermögensgegenständen gerichteten Forderungen[1]), der Gebrauchswert bei den Forderungen, die auf die Gebrauchsüberlassung gerichtet sind.

In jedem Falle aber kann dieser besonderen Wertseigenschaft des Gegenstandes nicht soviel Bedeutung beigemessen werden, dass man folgern könnte: es ist ganz abzusehen vom Gegenstand und nur auf seine wirtschaftliche Funktion das Gewicht zu legen.

Das ist der grundlegende Gedanke bei Kleineidam. Im Falle der Forderungsrechte, gerichtet auf Gebrauchsüberlassung, kommt man dann zur Konsequenz: Geschuldet ist eigentlich nur der Gebrauchswert, der Gegenstand scheidet ganz aus, er spielt bei der Frage, was geschuldeter Gegenstand ist, keine Rolle.

Das sind unhaltbare Fiktionen. Geschuldet wird in einem wie im andern Falle der Gegenstand, nur in einem mit Rücksicht auf den Tausch- im andern auf seinen

---

[1]) Aber nicht nur hier, sondern er spielt sie auch namentlich im Pfandrechte; der Pfandgläubiger hat das Recht, über den Gegenstand seinem Tauschwerte nach zu verfügen, obwohl er nicht in seinem Vermögen sich findet.

Gebrauchswert. Es beschränkt sich also die eben gestellte Frage darauf: Ist § 281 auch auf die Fälle auszudehnen, in welchen der Gegenstand seinem Gebrauchswerte nach geschuldet wird?

In Berücksichtigung des soeben erhaltenen Ergebnisses wird man die Frage negativ beantworten müssen und zwar auch für den Fall, dass der Schuldner selbst nur für Gebrauchsentziehung Entschädigung erlangt hat.

Wenn der geschuldete «Gegenstand» niemals der blosse abstrakte Gebrauchswert ist, so ist eine derartige Entschädigung auch niemals Ersatz für «den geschuldeten Gegenstand».

Aber auch wenn der Gegenstand seinem Gebrauchswerte nach geschuldet ist und der Ersatz an Stelle des Gegenstandes, seinem Tauschwerte nach, tritt, ist die Antwort in gleicher Weise zu geben.

Zwar könnte man mit Rücksicht auf die Tatsache, dass, wie oben ausgeführt, immer der Gegenstand als solcher in verschiedener wirtschaftlicher Funktion geschuldet ist, immerhin folgern, dass auch bei Forderungen auf Gebrauchsüberlassung der Ersatz, auch der für den Tauschwert eintretende, eben «für den geschuldeten Gegenstand» erlangt wird, und daraus die Anwendung des § 281 rechtfertigen.

Allein abgesehen davon, dass der Wortlaut, der von Herausgabe und Abtretung spricht und daher Bedenken gegen eine solche Annahme gewiss wachrufen kann, ist es namentlich der Zweck des § 281, der zur Ablehnung einer derartigen Ansicht drängt.

In das Vermögen des Gläubigers übergehen soll nach dem ursprünglichen Zwecke des Forderungsrechtes nicht der geschuldete Gegenstand, sondern nur der Gebrauch, und weil dies nur auf dem Wege möglich ist, dass der Gegenstand selbst zum Gläubiger in ein bestimmtes äusseres Verhältnis gebracht wird, so ist hier der Gegenstand seinem Gebrauchswerte nach als mittelbarer Gegenstand zu betrachten. Wenn nun aber die Leistung unmöglich wird, so kann man wohl sagen, dass der Gegenstand mit Rücksicht auf seinen Gebrauchswert nicht zur Verfügung gestellt werden konnte, aber das, was dem Gläubiger in Wirklichkeit entgeht, ist nicht der Gegenstand, auch nicht der Gegenstand mit Rücksicht auf seinen Gebrauchswert, sondern nur der Gebrauch, der, soweit er einen Wert repräsentiert, ins Vermögen des Gläubigers hätte übergehen sollen.

Der Gebrauchswert ist eine wirtschaftliche Funktion, die ihrem Effekte nach vom Gegenstande trennbar ist, der

Tauschwert dagegen nicht. Nun ist zu bedenken: der Schuldner erhält den Ersatz für den Gegenstand seinem Tauschwerte nach. Dies ist vorausgesetzt. Aus dem Gesagten geht aber hervor, dass der Gebrauchswert gegenüber dem Tauschwerte nicht ein minus, sondern ein aliud darstellt. Denn ein Gegenstand kann nur für den einen Gebrauchswert haben, für welchen er keinen Tauschwert hat und umgekehrt.

Man würde daher dem Gläubiger, wenn man ihm in unserem Falle den Anspruch aus § 281 zubilligen wollte, etwas zusprechen, worauf er eigentlich keinen Anspruch haben kann, denn der Ersatz würde in sein Vermögen übergehen, während der ursprüngliche Gegenstand niemals als solcher, sondern nur dessen Gebrauchswert übergehen sollte.

Damit erledigt sich auch die Frage, ob der Gläubiger einen Anspruch auf die Nutzungen des Ersatzes hat, in negativer Weise; denn wenn schon ein Rechtstitel für den Ersatzanspruch fehlt, so kann nicht ein solcher für die Nutzungen desselben damit begründet werden, dass man sagt, auch den ursprünglichen Gegenstand hätte er nur dem Gebrauche nach in Anspruch nehmen können.

b) Eine besondere Art des mittelbaren Gegenstandes sind die Kraftleistungen der menschlichen Natur bei den Dienstverträgen aller Art (I. Teil, Nr. I).

Wie hier ein Anspruch aus § 281 als denkbar erklärt werden kann im Falle der Leistungsunmöglichkeit, ist so ziemlich unerfindlich.

Dass hier diese Kraftleistung als solche mittelbarer Gegenstand ist, ist im I. Teile gesagt. Dass hier eine Leistungsunmöglichkeit eintreten kann, ist ohne Weiteres klar.

Dass man aber Entschädigungen — und diese kommen hier wohl hauptsächlich in Frage — als «Ersatz» für die nicht mehr leistbare, dem Schuldner nicht mehr zur Verfügung stehende Arbeitskraft auffasst, ist eine Anschauung, die bei näherer Betrachtung als gänzlich unhaltbar bezeichnet werden muss.

Die hier als geschuldeter Gegenstand in Betracht kommende Kraftäusserung der menschlichen Natur ist in keiner Weise als ein abschätzbarer Wertgegenstand zu betrachten und daher überhaupt unersetzbar. Wenn dem Schuldner hier irgendwelche Hilfsmittel zufliessen, so haben diese den Zweck, seine verlorenen Kräfte wieder zu stärken oder, wenn dies nicht mehr möglich, ihm als Lebenssubsistenz

zu dienen, aber doch nie als Ersatz für dieselben, an ihre Stelle zu treten[1]).

Und wenn man noch den einen Fall, als hierher gehörig, anführen will, dass die Leistungsunmöglichkeit von einer doppelten Vermietung der Arbeitskraft herrührt, so ist auch hier aus oben genannten Gründen der Lohn niemals als «Ersatz» für die unmöglich gewordene Leistung zu betrachten.

4. «Einen Ersatz oder Ersatzanspruch . . .»

a) Ersatz. Hier ist unter Zugrundelegung des in Nr. II, S. 49 fl., Ausgeführten folgendes zu sagen.

Es ist in Nr. II dargetan, dass der Begriff «Ersatz» eine nicht gelungene Uebersetzung des Wortes Surrogat ist; der Begriff «Surrogationsprinzip» beleuchtet das Wesen und den Zweck des Anspruches aus § 281 besser als alle Erörterungen über den Begriff «Ersatz».

Rein grammatikalisch genommen entsprechen sich die Begriffe allerdings, im Gebiete des rechtlichen Sprachgebrauches bedeuten sie indess Verschiedenes, da man in der Rechtssprache dem Begriff Ersatz immer die Bedeutung beilegt, welche ihm Kisch beigegeben hat, nämlich die Bedeutung als Ausfüllung einer Vermögenslücke.

Allein weil der Begriff «Ersatz» nicht vollständig identisch ist mit Surrogat, trifft diese Erwägung nicht zu. Wir müssen vielmehr sagen:

Als Ersatz im Sinne des § 281 ist alles das zu verstehen, was in das «Vermögen» des Schuldners eintritt an Stelle eines anderen Dinges, welches aus diesem ausgeschieden ist, ohne dass es desswegen notwendig Lücken zurückgelassen haben müsste. Dagegen spricht auch der Umstand, dass ja der «Ersatzanspruch» dem Gläubiger zugesprochen wird. Wenn ein solcher gegeben ist, da kann von einer Lücke überhaupt nicht mehr geredet werden[2]). Deswegen ist der Kaufpreis Surrogat und Ersatz im Sinne von § 281, wenn er auch nicht ein Ersatz im Sinne der Ausführungen von Kisch ist, d. h. ein an Stelle einer Lücke im Vermögen des Schuldners, in dieses Vermögen eintretender Wertgegenstand. Er füllt keine Lücke im Vermögen aus und ist dennoch «Surrogat».

Dagegen ist es notwendig, dass der Ersatz als Surrogat eintritt für das, was wirklich aus dem Vermögen des Schuld-

---

[1]) Ebenso Crome a. a. O. S. 126—7.

[2]) Denn das durch den Kauf entstehende Forderungsrecht auf den Preis hat überhaupt keine Lücke entstehen lassen.

ners ausgeschieden ist. Das ist von Wichtigkeit auch für die Frage, ob ein für eine doppelt vermietete Sache bezogener Mietpreis als Ersatz im Sinne von § 281 zu begreifen ist.

Der geschuldete Gegenstand, nämlich der Gegenstand mit Rücksicht auf seinen Gebrauchswert scheidet hier nicht als solcher aus Vermögen des Schuldners aus, sondern was ausscheidet ist in Wirklichkeit höchstens ein Stückchen Tauschwert, da der Gegenstand durch die Benützung abgenützt wird.

Im Uebrigen scheidet aus dem Vermögen gar nichts aus, sondern der Mietzins ist im Wesentlichen ein Aequivalent dafür, dass der tatsächliche Gebrauch für den Eigentümer für die Dauer der Miete unmöglich wird, d. h. dass er auf eine Zeit sich einer aus dem Eigentume für ihn ergebenden Machtbefugnis begibt[1]). Also kann nie davon geredet werden, dass der Mietzins einen Ersatz für etwas aus dem Vermögen Ausscheidendes darstelle[2]).

Selbstverständlich ist es, dass im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag das, was der Geschäftsführer aus dem Geschäfte erlangt, er dem Gläubiger nicht als «Ersatz» im Sinne von Surrogat herausgeben muss, weil für diesen Anspruch ein besonderer Rechtsgrund in den §§ 681 und 667 gegeben ist.

Es handelt sich bei der negotiorum gestio genau genommen überhaupt um keinen Fall der Leistungsunmöglichkeit. Denn der Umstand, dass sie ein besonderer Typ obligatorischer Rechtsbeziehungen ist, schliesst die Anwendung allgemeiner Regeln über die Unmöglichkeit aus, da die hier tatsächlich in sehr vielen Fällen vorkommende Unmöglichkeit der Leistung ein accidentale des Rechtsgeschäftes ist, also nicht einen von aussen kommenden besonderen Tatbestand, sondern ein in der Natur dieses Typs liegenden inneren Moment desselben darstellt.

b) Ersatzanspruch. Es ist hier zunächst darauf zu verweisen, was in Note 1, S. 51, schon angedeutet ist: nämlich dass der Ausdruck nicht genau ist. Es ist bisher immer angenommen, worden, dass das Wort «Ersatz» nicht bedeutet: Ausfüllen einer Vermögenslücke, sondern lediglich ein Eintreten eines Gegenstandes an Stelle eines aus dem Vermögen Ausgeschiedenen; weil dies auch auf dem Wege

[1]) Das ist hier nicht misszuverstehen, als etwa im Gegensatze zu den Ausführungen im ersten Teile über das dingliche Recht. Dasselbe ist tatsächlich betrachtet, Machtbefugnis über den Gegenstand, rechtlich betrachtet Machtbefugnis gegenüber allen anderen Rechtssubjekten.

[2]) So auch Planck a. a. O. Note 2 zu § 281.

einer Transaktion möglich ist, d. h. weil es nicht notwendig ist, dass eine Lücke ausgefüllt wird, sondern dies in der Weise geschehen kann, dass z. B. beim Kauf, durch das Rechtsgeschäft an Stelle des ausscheidenden Gegenstandes das Forderungsrecht und an dessen Stelle dann der neue Gegenstand gesetzt wird, ist der Ausdruck Ersatzanspruch insoweit ungenau, als gerade diese Form der Transaktion eintritt, durch welche eine Forderung als Surrogat an Stelle des Gegenstandes tritt. Niemand wird eine solche Gegenforderung aus synallagmatischen Verträgen als Ersatzanspruch bezeichnen können. Daher ist dem Begriffe «Ersatzanspruch» ebenso die volle Genauigkeit abzusprechen wie dem Begriffe «Ersatz».

Wie übrigens aus den Erwägungen unter a) «Ersatz» und unter X. 3 S. 62 fl. über «geschuldeten Gegenstand» hervorgeht, ist von einem Ersatzanspruch in der Form von rechtsgeschäftlichem Gegenanspruch nur bei Obligationen, die im Tauschverkehr ihre wirtschaftliche Wurzel haben, die Rede.

Weitaus die wichtigsten Fälle des Ersatzanspruches sind die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen[1]). Eine hier nicht weiter zu prüfende Frage ist die, in welchen Fällen der Schuldner der «Andere» im Sinne des § 823 ist. Natürlich gehören auch die Fälle hierher, bei welchen eine Deliktshaftung nicht aus Handlungen, sondern aus blossem Ereignis entspringt, wie § 833 und 836.

Es genügt zu sagen: § 281 ist anwendbar in den Fällen, in welchem dem Schuldner der Anspruch zusteht[2]).

Es gehören ferner hierher alle Fälle, in welchem dem Schuldner für den geschuldeten Gegenstand ein Ersatzanspruch direkt auf Grund gesetzlicher Bestimmung zusteht, ohne dass erst ein durch irgend welche Handlungen (wie

---

[1]) Während die Meinungen darüber, dass auch Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen hieher gehören, geteilt sind, herrscht über die Auslegung des § 281 bei Ansprüchen aus Delikten vollständige Uebereinstimmung.

[2]) Hieher ist der von Hartmanu, Jahrb. f. Dogm., Bd. 32, S. 485, erwähnte Fall zu rechnen, in welchen ein Grundstückseigentümer, welcher entgegen dem Buchinhalte Eigentümer wurde, dadurch sein Eigentum verlor, dass aus irgend einem Grunde ein anderer als Eigentümer eingetragen wurde und dieser das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten weiter veräussert hat. Ergibt sich, dass hier der wirkliche Eigentümer, der dadurch sein Eigentum verloren hat, einen Anspruch gegen den Scheineigentümer auf Entschädigung hat, so kann ein anderer, der das Grundstück vor diesem Ereignis vom wirklichen Eigentümer gekauft hat, von diesem gegen Zahlung des Kaufpreises die Abtretung der Entschädigung oder des Anspruches verlangen.

bei den Delikten) begründetes obligatorisches Band sozusagen als vermittelndes Element eingeschoben werden müsste:

a) Entschädigungsanspruch aus der Zwangsentcignung.[1])

b) Desgleichen aus dem Festungsrayongesetz[1]), Telegraphenwegegesetz[2]), Viehseuchengesetz[3]), Rinderpestgesetz[4]), Reblausgesetz[5]) (insoweit bezüglich der letzteren drei die vernichtete Sache einen individuellen Charakter trug).

Es gehören ferner hierher die Fälle des Bereicherungsanspruches aus § 947 und 960 B.G.B.

Wesentliche Voraussetzung in allen diesen Fällen ist die Abtretbarkeit des Anspruches. Zunächst ist hier zu verweisen auf die §§ 394, 400 und 412 B.G.B. Die Folge davon ist, dass insbesondere Ansprüche aus § 833 und 836 dann nicht abgetreten werden können, wenn sie nach § 847 als Entschädigung für ideellen Schaden gegeben werden müssen[6]).

Dass die Abtretung als solche nicht mit der Erklärung des Gläubigers schon gegeben ist, sondern, dass dazu ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner notwendig ist, braucht wohl keiner weiteren Begründung.

5. «So kann der Gläubiger . . .» u. s. w. Es besteht keine Pflicht für ihn, daher auch kein Recht des Schuldners, ihm das commodum aufzudrängen, um die eventuelle Gegenleistung zu erhalten. (§ 323, Abs. II.)

Dagegen ist daran festzuhalten, dass der Anspruch des Gläubigers auf Ersatz nicht schon mit der Unmöglichkeit selbst entsteht, sondern erst mit Erklärung des Gläubigers, dass er Ersatz oder Abtretung verlange. Daher

---

[1]) Bayr. Gesetz v. 17. Nov. 1837, art. V. Reichsg. v. 21. Dez. 1871 § 34 ff.

[2]) Reichsges. v. 18. Dez. 1899, § 12 II.

[3]) Reichsges. v. 23. Jun. 1880—1. Mai 1894, § 57 ff.

[4]) Reichsges. v. 7. Apr. 1869, § 3.

[5]) Reichsges. v. 3. Juli 1883, § 10—11.

[6]) Eine Rente nach § 823 wäre an und für sich abtretbar, wenn sie in einer festen Weise ein für allemal bestimmt ist. Henle-Fische a. a. O. § 399. Aber hier trifft wohl der Gesichtspunkt zu, der oben ausgeführt ist, anlässlich der Frage der Anwendung des § 281 aus Dienstleistungen. Sie sind kein Ersatz für den geschuldeten Gegenstand, daher kein Ersatzanspruch im Sinne des § 281. Was die Voraussetzung der Abtretbarkeit im übrigen berührt; besteht ziemliche Einigkeit. Kisch a. a. O. S. 214. Kleineidam a. a. O. S. 119. Schollmeyer a. a. O. zu § 281, Nr. 2. E. Crome a. a. O. Bd. II, § 158, Nr. 5; er erwähnt auch den Fall, dass der Gläubiger, wenn der Anspruch nicht übertragbar ist, warten kann bis der Ersatz wirklich erfolgt ist und dann die Herausgabe verlangen kann; dagegen dürfte nichts einzuwenden sein.

kann es nicht gedacht werden, dass ein Verzug des Schuldners vorhanden ist, bevor diese Erklärung abgegeben ist. Daraus folgt aber, dass der Schuldner mit Rücksicht auf das eventuell entstehende Recht des Gläubigers nicht beliebig über den Ersatz oder Anspruch verfügen darf.

Andererseits ist zu folgern, dass ein Ersatz, der zur Schadenbeseitigung vertragsmässig bestimmt ist, überhaupt nicht als Surrogat betrachtet werden kann im Sinne von § 281. Es muss der Schuldner darüber verfügen, d. h. denselben dem Gläubiger zur Verfügung stellen; daher ist die Anwendung des § 281 hier ausgeschlossen, bezw. überflüssig.

Hier ist nun aber die immerhin wichtige Frage zu beantworten, welche sich ergibt mit Rücksicht auf die durch die Erklärung des Gläubigers entstandenen Verpflichtung des Schuldners zur Herausgabe oder Abtretung: nämlich nach welchen Grundsätzen hier die Verpflichtung des Schuldners zu beurteilen ist hinsichtlich des Gefahrtragens und der Sorgfalt. Diese Frage, auf welche nur Schollmeyer a. a. O. des näheren eingeht, kann hier kurz gestreift werden.

Die Motive zu E. I. sagen, der Schuldner hafte für die Erfüllung der ihm gemäss § 238 obliegenden Verpflichtung nach dem Inhalt des ursprünglichen Schuldverhältnisses. Kleineidam[1]) hält eine besondere Erörterung des Tragens der Gefahr hinsichtlich der dem Schuldner obliegenden Leistung resp. ihres Gegenstandes für überflüssig, da auf das Recht die Vorschriften über die Wirkung des Nichterfüllenkönnens selbstständig Anwendung finden.

Kisch[2]) beruft sich einfach auf das in den Motiven Ausgeführte. (Siehe oben.)

Schollmeyer sagt, die Gefahr sei zu beurteilen nach dem untergegangenen Schuldverhältnisse, eine Steigerung der Haftung sei unbegründet[3]). Von dem hier vertretenen Standpunkte aus regelt sich diese Frage sehr einfach. Wenn der Anspruch auf das Surrogat sich aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse herleitet oder genauer gesagt, der nämliche ist wie der Anspruch auf den ursprünglichen mittelbaren Gegenstand, so ist damit die Frage nach dem Tragen

---

[1]) Kleineidam a. a. O. S. 119.

[2]) Kisch a. a. O. S. 213.

[3]) Daraus folgert er namentlich, dass der Schuldner, der auf eine Forderung verzichtet, welche unter den Ersatz im Sinne des § 281 fallen würde, dem Gläubiger zu Schadenersatz verpflichtet wird und hält dies namentlich dann für wichtig, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, weil hier eine Schadenersatzpflicht des Schuldners nicht gegeben ist.

der Gefahr und dem Grade der Haftung schon von selbst beantwortet. Es können hier nur diejenigen Regeln massgebend sein, die auch für den mittelbaren Gegenstand massgebend waren, der infolge der Leistungsunmöglichkeit ausgeschieden ist.

6. «Herausgabe oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen . . .» Diese Fassung könnte auf den ersten Blick dazu verleiten, den Anspruch aus § 281 als einen dinglichen zu bezeichnen, denn ein Anspruch auf Herausgabe ist nach dem sonstigen Sprachgebrauche des B.G.B. fast nur bei dinglichen Ansprüchen oder Fällen, wo dingliche Ansprüche mit oblig. konkurrieren gegeben. Auch das Wort «Abtretung des Ersatzanspruches» kann Zweifel in dieser Richtung obwalten lassen, namentlich mit Rücksicht auf die Ausführungen Siber[1]), der die Uebertragung einer Forderung — und darum würde es sich auch hier handeln — als Rechtsgeschäft bezeichnet, welches nicht Beziehungen zwischen Person und Person, sondern zwischen Person und Gegenstand betrifft. Es kann bezüglich der letzten Ansicht auf das verwiesen werden, was im I. Teile N. I ausgeführt ist. Darnach ist auch die Forderungsübertragung keine Herstellung von Rechtsbeziehungen zwischen Person und Gegenstand, weil es eine solche Beziehung nicht geben kann, sondern eine Herstellung von Beziehungen zwischen Person und Person, nur dass hier die Beziehungen nicht als solche neu entstehen, sondern nur die Personen in die Beziehungen eintreten[2]), und da nach wie vor die Willensbindung zwischen bestimmtem Subjekten vorhanden ist, so ist auch die Forderungsübertragung nur ein obligatorisches Rechtsgeschäft, somit auch die Abtretung des Ersatzanspruches[3]).

Aber auch der Ausdruck «Herausgabe» darf hier nicht im technischen Sinne des B.G.B. genommen werden. Es liesse sich in keiner Weise erklären, wie der Gläubiger zu einem Herausgabeanspruch kommen konnte, namentlich mit Rücksicht auf die Ausführungen in N. I. der ersten Abteilung des III. Teiles. Es ist also hier eine Nachlässigkeit im Ausdruck gegeben, die nicht zu der Stempelung des

---

[1]) A. a. O. S. 99. Vergl. Erlanger, Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 B.G.B. mit § 817 B.G.B. Dissert. (1904). S. 22.

[2]) Daran könnten interessante Erörterungen geknüpft werden! Es ist z. B. die altrömische delegatio von diesem Standpunkte aus viel logischer als das Recht der Cession, weil hier Rechtsbeziehungen, im Grunde genommen richtiger, als erlöschend und neubegründet betrachtet werden.

[3]) Anderenfalls käme man auf den Gedanken, der sich vielerorts findet, nämlich von einem Eigentum an der Forderung zu sprechen.

Anspruches aus § 281 zu einem dinglichen Anlass geben kann.

VI.

Verhältnis des Anspruches auf Grund Paragraph 281 zum Schadenersatze. Paragraph 281, Abs. II.

Es ist den Ausführungen von Kleineidam a. a. O. S. 106 und 107 beizustimmen, dass der Anspruch auf Schadenersatz direkt im Schuldverhältnisse, dessen ursprünglicher mittelbarer Gegenstand nicht mehr geleistet werden kann, seinen Grund hat. Insoweit die Unmöglichkeit einen Schadenersatzanspruch zur Folge hat, d. h. unter die zu vertretende Unmöglichkeit fällt, ist dies auch herrschende Meinung (Ensch. d. Reichsger. Bd. X, S. 180).

Wir haben uns nun im folgenden damit zu befassen, den § 281, Abs. 2, welcher das Surrogat dem Gläubiger auch dann, wenn die Unmöglichkeit der Leistung vom Schuldner zu vertreten ist, neben dem Schadenersatzanspruch aus § 280 zuspricht, näher zu betrachten. Es ist dem zuzustimmen, was Kisch a. a. O. S. 214 ausführt, nämlich, dass es ohne weiteres klar ist, dass der Gläubiger nicht schlechthin Schadenersatz und Surrogat neben einander verlangen kann; deswegen die im § 281, Abs. 2, geregelte entsprechende Minderung des Schadenersatzes, falls das Surrogat vom Gläubiger wirklich gefordert wird.

Die nächste Frage ist nun die, ob in diesem Falle etwa eine alternative oder eine Wahlschuld vorliegt. Dass dies nicht der Fall ist, ergibt sich zweifellos neben manchen anderen Gründen, die dagegen ins Feld geführt worden sind, daraus, dass überhaupt im § 281, Abs. 2, eine Regelung des Verhältnisses zwischen Surrogat und Schadenersatz erfolgt ist. Denn wenn mit der Erklärung des Gläubigers aus § 281, die hier die Bedeutung einer Konzentrierung auf einen der beiden Gegenstände haben müsste, nur mehr das Surrogat Gegenstand der Schuld wäre, so wäre eine solche Regelung gänzlich überflüssig; die Vorschrift des § 281, Abs. 2, ist aber gerade erst dann von Bedeutung, wenn die Erklärung des Gläubigers, er verlange den Ersatz, abgegeben ist.

Auch eine facultas alternativa kann nicht angenommen werden, weil nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger zu entscheiden hat, ob er Surrogat und Schadenersatz oder nur eines der beiden beanspruchen will[1]). Des weiteren ist

[1]) So im Ergebnis auch Kleineidam a. a. O. S. 120. Kisch a. a. O. S. 215. Schollmeyer a. a. O. Nr. 5 a.

insbesondere die Frage zu prüfen, mit welchen Wirkungen die Abtretung des Ersatzanspruches an den Gläubiger verbunden ist, da mit Hinsicht auf die Möglichkeit einer Geltendmachung des Schadenersatzes neben dem Surrogat die Art des Ausgleiches zwischen beiden von grosser Bedeutung ist.

Kisch führt aus[1]: der Ersatz ist an Erfüllung statt gegeben, d. h. das Schuldverhältnis erlischt mit dem Betrag, der der Höhe nach dem Werte des Surrogates gleichkommt. Der Wert des Surrogates bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der bewirkten Herausgabe, resp. Abtretung.

Gegen diese Ausführungen lässt sich nichts einwenden. Es entsteht vielmehr die Frage, welchen Wert hat der abzutretende Ersatzanspruch, oder richtiger, in welcher Weise erfolgt die Anrechnung des Ersatzanspruches auf den Schadenersatz? Hier ergeben sich zwei verschiedene Ansichten: eine Meinung sagt, die Abtretung erfolge an Zahlung statt, die andere zahlungshalber. Eine dritte Meinung stellt Planck auf[2], welcher sagt, die Abtretung erfolge in keiner von beiden Arten, sondern angerechnet muss lediglich werden, der Wert der Forderung zur Zeit der Abtretung.

Zunächst ist jedenfalls nicht zu zweifeln, dass unter «erlangten Anspruch» der vom Gläubiger durch die Abtretung erlangte Anspruch gemeint ist, nicht die Erlangung des Anspruches durch den Schuldner[3]. Der Unterschied der drei Ansichten ist im praktischen Ergebnisse ein ziemlich grosser.

1. Erfolgt die Abtretung an Zahlung statt, dann muss vom Schadenersatz in Abzug gebracht werden, was die Forderung nominell beträgt. Natürlich müssen die Vertreter dieser Richtung, Schollmeyer und Matthias, auch Kisch[4] hier eine Einschränkung machen: sie sagen, nicht zum Nennwerte, sondern nur zu dem Werte, den die Forderung zur Zeit der Abtretung hat, müsse die Anrechnung erfolgen. Aber sie halten die Hingabe an Zahlung statt aufrecht, so dass die Entschädigungssumme (Schadenersatz) tatsächlich um so viel gemindert werden muss, als der Wert der Forderung in dem genannten Zeitpunkt beträgt. Wie viel dann der

---

[1]) A. a. O. S. 215.
[2]) A. a. O. Zu § 281, Nr. 3.
[3]) Kleineidam a. a. O. S. 121.
[4]) Matthias a. a. O. Bd. I. § 84; Schollmeyer a. a. O. Nr. 5 b; Kisch a. a. O. S. 216.

Gläubiger hernach durch die Verfolgung des ihm abgetretenen Abzuges wirklich bekommt, ist gleichgültig[1]).

2. Erfolgt dagegen die Abtretung zahlungshalber, so ist nur Das auf den Schadenanspruch anzurechnen, was der Gläubiger wirklich aus der abgetretenen Forderung erlangt hat. Es muss also zuerst feststehen, was der Gläubiger aus der abgetretenen Forderung durch seine Rechtsverfolgung erreichen kann[2]).

Um die Wahl zwischen diesen Möglichkeiten mit einiger Sicherheit treffen zu können, ist zunächst zu bedenken, dass der Anspruch des Gläubigers auf Grund des § 281, insbesondere soweit er das Surrogat dem Gläubiger neben dem Schadenersatz zuspricht, lediglich aus Gründen der Billigkeit geschaffen ist, die es als ohne Weiteres klar erscheinen lassen, dass, wie die Protokolle sagen[3]), «dem Gläubiger auch bei der zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung das Recht aus § 238, der dem § 281 im B.G.B. entspricht, zustehen müsse, schon deswegen weil dem Gläubiger die schwierige Prüfung der Frage, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, erspart bleiben müsse».

Es würde dem Zwecke des § 280 widerstreiten, wollte man der ersteren Ansicht (Abtretung an Zahlung statt mit Anrechnung des Wertes des Anspruchs zur Zeit der Abtretung) sich zuneigen. Wenn schon einerseits dem Gläubiger bei der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung (d. h. nach B.G.B. der nicht zu vertretenden) ein Surrogat, das auf Seite des Schuldners erreicht wird, aus dem Grunde zugesprochen wird, weil man die Härte, die darin liegt, dass die Folge der Leistungsunmöglichkeit im Prinzipe auf die Schultern des Gläubigers abgewälzt wird, mildern wollte, so wäre es doch noch viel mehr dem Grundsatz der Billigkeit widersprechend, im Falle der verschuldeten (zu vertretenden) Leistungsunmöglichkeit den Gläubiger dadurch zu benachteiligen, dass man die Abtretung an Zahlung statt als vom Gesetzgeber gewollt annimmt und dadurch seinen Schadenersatz um einen Betrag mindert, von dem er nie weiss, ob durch Realisierung der abgetretenen Forderung er ihn jemals wieder in sein Vermögen wird bringen können. Auch sprechen für die Abtretung zahlungshalber diejenigen Gründe, welche die Protokolle S. 636 als die Ansicht der Mehrheit wiedergeben, die sich für die Abtretung zahlungshalber ausgesprochen

---

[1]) Praktisch kommt dies auf dasselbe hinaus was Planck a. a. O. Note 3 als Ergebnis erhält.

[2]) Oertmann a. a. O. zu § 281.

[3]) S. 636.

haben: es liege kein Grund vor, dem Gläubiger die für den Fall der Zwangsvollstreckung bestehende Möglichkeit, den Anspruch des Schuldners zahlungshalber zu erlangen, nicht auch ausserhalb der Zwangsvollstreckung zu gewähren.

VII.

Umfang des vom Gläubiger geforderten Surrogates. — Das vom Gläubiger geltend zu machende Interesse für den Fall, dass das Surrogat ein abgetretener Anspruch ist.

Eine sehr einfache Erwägung, welche die Folge des dem Gläubiger auf Grund des § 281 gegebenen Anspruches ist, geht dahin, ob der Gläubiger das Surrogat fordern kann ohne Rücksicht darauf, ob es den Wert des ursprünglichen mittelbaren Gegenstandes gerade erreicht, oder ob es kleiner oder, was das wichtigste ist, grösser ist als der Wert des ursprünglichen Gegenstandes.

Es ist die Ansicht ausgesprochen worden, dass es ganz gleich sei, welche Höhe der Wert des Surrogates erreiche, aus § 281 selbst sei in keiner Weise eine Beschränkung zu entnehmen, daher sei zwar keine rechtliche, in manchen Fällen aber eine durch die Natur der Sache gegebene Einschränkung in dieser Hinsicht anzunehmen. Der Gläubiger dürfe also grundsätzlich das Surrogat auch dann verlangen, wenn es den Wert des ursprünglichen Gegenstandes übersteige. Insbesondere könnte der Gläubiger, falls dem Schuldner aus einer und derselben Leistungsunmöglichkeit mehrere Ersatzforderungen zustehen, alle diese Forderungen abgetreten verlangen[1].

Abgesehen von dem letztgenannten Falle, dass mehrere Ansprüche dem Schuldner zustehen, welcher sich praktisch wohl bloss im Falle einer Versicherung des Gegenstandes ergeben wird, ist in dieser Hinsicht grundsätzlich Folgendes zu sagen.

Es ist aus dem ganzen Zwecke des § 281 zu erkennen, dass der Grundgedanke desselben darin liegt, dem Gläubiger, welchem vom Gesetze der Nachteil eines zufällig eintretenden Schadens aufgebürdet wird, diese bittre Pille — um einen volkstümlichen Ausdruck zu gebrauchen — dadurch zu versüssen, dass man ihm wenigstens den Anspruch auf ein Surrogat, welches der Schuldner durch diesen Zufall erhält, zubilligt, m. a. W. es ist dabei die Sachlage so ge-

[1] So Titze a. a. O. S. 123.

dacht, dass das Surrogat — was in den meisten Fällen auch wirklich zutreffen wird — schon rein objektiv genommen, einen geringeren Wert als der ursprüngliche mittelbare Gegenstand hat. Es ist keineswegs, wie schon einmal erwähnt, bei der Einreihung des § 281 in das Obligationenrecht beabsichtigt worden, eine besondere Art des Schadenersatzes für den Gläubiger zu schaffen, wenn auch im einzelnen Falle das Ergebnis praktisch dazu führt, dass der Gläubiger wirklich einen dem Schadenersatz analogen Ersatz für einen Ausfall bekommt; sondern es sind lediglich die Billigkeitserwägungen massgebend gewesen, ihn nicht zusehen zu lassen, wie der Schuldner von einer Verpflichtung ihm gegenüber frei wird und noch dazu etwas in sein Vermögen an Stelle des geschuldeten Gegenstandes bringt, während der Gläubiger der Vermögensmehrung, die er durch die Obligation bezweckte, verlustig geht.

Diese Erwägungen werden auch unterstützt durch § 281 Abs. 2. Bei unbefangenem Lesen wird man sagen müssen, es könne die Folgerung aus dieser Gesetzesstelle nur dahin gezogen werden, dass bei Schaffung des Rechtes aus § 281 stillschweigend vorausgesetzt wurde, dass das Surrogat in weitaus den meisten Fällen hinter dem Wert des ursprünglichen Gegenstandes zurückbleibe. Damit ist natürlich das Gegenteil nicht als unmöglich bezeichnet, daher die Folgenden Untersuchungen nicht uninteressant und ohne praktische Wichtigkeit.

Soll dem Gläubiger durch den Anspruch auf Grund des § 281 etwas gewährt werden, was dem Werte nach über den Wert, den die Leistung des ursprünglichen Wertes gehabt hätte, hinausgeht?

Dieses Resultat ist nicht annehmbar und zwar mit Rücksicht auf die hier vertretene Anschauung, dass der Anspruch aus § 281 vollständig fusst in dem Schuldverhältnisse, dessen anfänglicher mittelbarer Gegenstand aus der Leistungsunmöglichkeit ausscheidet. Es ergeben sich daher nicht nur Einschränkungen aus der Natur der Sache, sondern auch aus juristischen Gesichtspunkten. Ist der Anspruch aus § 281 nichts anderes als der aus dem auf den ursprünglichen Gegenstand gerichteten Schuldverhältnisse sich ergebende, was hier als einzige Möglichkeit stets angenommen wurde, so kann auch der Umfang des Interesses des Gläubigers nur insoweit als gegeben erachtet werden, als er durch Leistung des ursprünglichen Gegenstandes für ihn gegeben war. In jenem Falle, in welchem das Surrogat den Wert des ursprünglichen Gegenstandes

übersteigt, ist eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers gegeben. Es genügt auf das Beispiel, welches Titze a. a. O. S. 123 anführt, hinzuweisen, um abzusehen, dass hier nicht nur aus der Natur der Sache, sondern aus rechtlichen Erwägungen heraus die hier vertretene Ansicht allein als der Billigkeit entsprechend erachtet werden kann.

Wichtiger aber ist noch die Frage, ob der Gläubiger, dem ein Ersatzanspruch abgetreten ist, das Interesse des Schuldners oder sein Interesse geltend machen darf.

Es ist eine schon im römischen Rechte bekannte Unterscheidung, die hier eine Rolle spielt, nämlich die zwischen verum rei pretium und id, quod interest. Und daran schliesst sich die nicht minder interessante Frage des Unterschiedes zwischen eigenem und fremdem Interesse[1]).

Wenn feststeht, dass der Schadenersatz, welchen der Schuldner gegen den Dritten hatte, nur auf verum rei pretium, wie bei der nur als Schadenersatz geltenden Vertragsstrafe (zum Unterschied von der auch als Privatstrafe geltenden Vertragsstrafe) ging, so ist von vornherein klar, dass auch der Gläubiger, dem dieser Anspruch abgetreten wurde, ihn nur in dieser Höhe geltend machen kann, in welcher er dem Schuldner zustand, denn es handelt sich nicht um ein subjektives Interesse, sondern um einen objektiven Wert.

Wenn dagegen der Schuldner gegen einen Dritten infolge des bestehenden Ersatzanspruches die Ersetzung dessen verlangen kann, quod interest, d. h. des auf seiner Seite vorhandenem subjektiven Interesses, so frägt es sich, ob der Gläubiger, dem der Ersatzanspruch abgetreten wurde, dieses Interesse seines Schuldners oder jenes Interesse gegen den Dritten, gegen welchen sich der Anspruch richtet, geltend machen kann, welches **er** seinerseits daran hat, dass er auf Erfüllung von Seite seines Schuldners sich verliess. Zunächst kann man sich unbedenklich der Ansicht von Titze anschliessen[2]), dass im Streitfall der Richter berufen ist, auch darüber zu urteilen, aus wessen Person das Interesse zu berechnen ist, nicht nur in welcher Höhe es zu berechnen ist. (C.P.O. § 287.) Allein es frägt sich nunmehr, nach welchen Gesichtspunkten hier der Richter im Einzelfalle zu urteilen haben wird, da es von grosser Bedeutung ist, ob der Gläubiger sein oder seines Schuldners

---

[1]) Vergl. hiezu die interessanten Ausführungen von Thur's in Grünhuts Zeitschrift Bd. XXV, S. 344 ff.

[2]) A. a. O. S. 126, Note 49.

Interesse geltend zu machen für befugt erklärt wird. Man nehme nur folgendes Beispiel an: Ein Verkäufer kann die bereits verkaufte Sache dem Käufer nicht mehr liefern, weil sie ohne seine Schuld durch einen Dritten zerstört worden ist. Sein Interesse, dass er in der Entschädigungsklage gegen den Zerstörer geltend machen kann, wird unter Normalumständen begrenzt sein durch den Betrag, um welchen er den Gegenstand verkauft hat, denn er verliert nicht nur die Sache, sondern auch die Gegenleistung, den Kaufpreis. (B.G.B. § 446.) Man denke sich nun, der Käufer habe seinerseits die Sache, ehe sie ihm übergeben wurde, schon wieder um einen viel höheren Preis weiterverkauft. Sein Interesse ist unter Normalumständen identisch mit den aus diesem Verkaufe für ihn sich ergebenden Kaufpreis. Kann der Käufer sein Interesse geltend machen, so wird sein lucrum cessans ihm erstattet; kann er nur das des Verkäufers geltend machen, so bleibt ein Teil desselben unersetzt.

An und für sich ist kein Grund vorhanden, bei einer Cession dem Cessionar die Möglichkeit abzusprechen sein eigenes Interesse geltend machen zu können. Ob dies aber bei der Abtretung des Anspruches, welche auf Grund des § 281 erfolgt, so ohne weiteres der Fall ist, dürfte begründetem Zweifel unterliegen. Es ist oben festgestellt worden, dass das Surrogat in keiner Weise die Funktion des Schadenersatzes zu übernehmen hat, dass eine solche Auffassung dem Zwecke des § 281 zuwiderlaufen würde. Es ist daher zunächst die Ansicht zurückzuweisen, welche Titze ausspricht, der Anspruch auf Grund des § 281 habe im Falle des § 323 für den Gläubiger nur dann einen Wert, wenn er mehr bekommt als er leisten muss; eine solche Auffassung läuft auch zweifellos dem § 323, Abs. 2, zuwider. Wenn also § 281 niemals den Zweck haben kann, einen Schaden eines Gläubigers zu ersetzen, sondern lediglich den Zweck verfolgt, den Gläubiger nicht zusehen zu lassen wie der Schuldner von einer Verpflichtung frei wird und noch dazu etwas erhält, so drängt sich uns die Ansicht auf, dass im Falle der Abtretung eines Ersatzanspruches der Gläubiger nicht sein, sondern nur seines Schuldners Interesse geltend machen kann.

Mit nichten wird dadurch die Schlussfolgerung, welche Crome[1]) zieht, gerechtfertigt, dass damit der Anspruch auf Grund des § 281, wenn es sich um eine Forderungsabtretung handelt, für den Gläubiger in den meisten Fällen keinen

[1]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte. S. 305—306.

Wert habe. Crome führt z. B. aus, man könnte sagen, dadurch, dass der Schuldner von der Leistung frei wird, hat er überhaupt keinen Schaden erlitten, daher keinen solchen gegen Dritten geltend zu machen; infolge dessen habe auch der Gläubiger dem die Forderung cediert wird, kein Recht, ein Interesse geltend zu machen. Allein der Vordersatz dieser Schlussfolgerung ist nicht ganz einwandfrei. Der Fall, dass der Schuldner im Falle der Leistungsunmöglichkeit wirklich keinen Schaden erleidet, trifft in der Tat nur für die Fälle zu, in welchen jemand zur Restitution einer Sache obligatorisch verpflichtet ist, an welcher er dinglich nicht berechtigt ist[1]). In diesen Fällen aber kann von einer Abtretung eines Ersatzanspruches nur wohl dann die Rede sein, wenn jemand aus besonderen Gründen eine kontraktliche Ersatzpflicht übernommen hätte, was nur selten zutreffen dürfte. Deliktische Ansprüche aber fallen dem zu Restitution Verpflichteten nicht zu, weil er an der zu restituierenden Sache nur obligatorisch berechtigt ist (§ 823 B.G.B.)[2])[3]). In den anderen Fällen, in welchen seitens des Schuldners an dem Gegenstande, dessen Leistung unmöglich geworden ist, eine dingliche Berechtigung vorhanden ist, ist immer mit der Leistungsunmöglichkeit eine Schädigung gegeben; denn die Tatsache, dass der Schuldner von seiner Verpflichtung frei wird, paralysiert die Schadenswirkung nicht vollständig.

Es kommen also hier für die zu beantwortende Frage folgende Arten des Ersatzanspruches in Betracht: entweder hat der Schuldner die Sache[4]) versichert, oder ein Dritter hat freiwillig sich erboten, einen event. Schaden zu ersetzen, oder endlich es ist der Gegenstand (der mittelbare) eines Veräusserungsgeschäftes oder der Gegenstand eines Pfandrechtes von dritter Seite verletzt worden. Bei den letzteren Fällen allein kann ein Deliktanspruch in Frage kommen,

---

[1]) Allerdings verliert er hier den Gebrauch der Sache (Miete, Leihe); aber dafür wird er auch von seiner Verpflichtung frei. Insoweit ist der Ansicht Cromes unter der im Texte genannten Voraussetzung beizupflichten; aber auch nur in diesen Fällen.

[2]) Entgegen Cosak, Lehrb. d. bürg. Rechts. Bd. I, § 164 II. Vergl. hiezu auch S. 61, Note 1.

[3]) Ansprüche, die nicht auf Schadenersatz gehen, kommen natürlich überhaupt nicht in Frage, denn bei ihnen handelt es sich um Abtretung einer dem Umfange nach festbestimmten Forderung.

[4]) Dieses Wort ist hier nur gebraucht, um den Zusammenhang nicht undeutlich zu machen. Vollständig korrekt müsste man vom Standpunkte des Versicherungsrechtes aus von einem versicherten Interesse sprechen. Vergl. IV. Teil.

weil hier eine dingliche Berechtigung des zur Restitution (nach Ende des Pfandverhältnisses) verpflichteten Schuldners gegeben ist[1]).

Lassen wir hier den Fall der Versicherung hinweg, der erst später behandelt werden soll, so ist die Frage, ob der Gläubiger, dem der Schuldner seine Forderung in den genannten Fällen abtritt, sein Interesse geltend machen kann oder nicht, ohne Zweifel verschieden zu beantworten.

Zunächst ist es möglich, dass jemand, der einem Schuldner, welcher zur Restitution eines Gegenstandes obligatorisch verpflichtet ist und dem somit nie eine Schadenersatzforderung aus Delikt zufallen kann, den Ersatz des Gegenstandes, dessen Rückgabe unmöglich wurde, vertragsmässig aus irgend welchen Gründen versprochen hat. Es wäre hier wider alle Gerechtigkeit, diesen vertragsmässig Haftenden dadurch einer strengeren Haftung zu unterwerfen, dass man einfach dem Gläubiger, dem diese Forderung auf Ersatz, aus welcher der Schuldner hier schenkungsweise berechtigt ist, abgetreten wurde, das Recht gäbe, sein eigenes Interesse geltend zu machen. Der dritte Schuldner, welcher zum Ersatze verpflichtet ist, und der nun Schuldner des Gläubigers infolge der Abtretung wird, würde damit ohne sein Wissen und ohne seinen Willen einer strengeren Haftung unterworfen, als er eingegangen hat. Denn er selbst hat bei der Abtretung in keiner Weise etwas mitzureden. Man wird also in diesem Falle die oben gestellte Frage negativ beantworten müssen[2]).

Es bleibt somit nur mehr der Fall übrig, in welchem eine Deliktsobligation Gegenstand der Abtretung ist. Hier kann man die eben gemachten Erwägungen allerdings nicht mehr als massgebend erachten. Der dritte Schuldner hat die Schuld nicht freiwillig eingegangen, er haftet für Vorsatz und Fahrlässigkeit schlechthin, er muss somit auch die Konsequenz auf sich nehmen, dass er event. in die Lage kommt, nicht den Schaden zu ersetzen, den der dinglich Berechtigte erlitten hat, sondern unter Umständen einen viel höheren, der dem Interesse des Gläubigers, welchem die Schadenersatzforderung abgetreten wurde, gleichkommt. Hier schlägt das Argument nicht durch, dass der dritte

---

[1]) Nach § 1223 B.G.B. ist der Anspruch des Pfandschuldners auf Rückgabe der Pfandsache ein obligatorischer. Derselbe ist aber in normalen Fällen immer auch dinglich an derselben berechtigt, da er Eigentümer derselben ist.

[2]) So auch Titze a. a. O. S. 125, 139, teilweise mit anderer Begründung.

Schuldner durch die Abtretung einer ungerechten strengeren Haftung unterworfen wird, denn seine Verpflichtung, den Schaden zu ersetzen, beruht nicht auf seinem Willen, sondern im Gegenteile, sie kommt gegen seinen Willen zu Stande.

So kommen wir denn im Ergebnisse überein mit dem, was Titze a. a. O. S. 125 ausführt, dass man die Frage nach der Geltendmachung des Interesses durch den Gläubiger nicht einheitlich beantworten kann, sondern dass je nach dem Grunde der Haftung des dritten Schuldners ein Unterschied gemacht werden muss.

Es ist nun im Folgenden nur noch kurz ein Blick zu werfen auf die Ausführungen von Kisch S. 209—210.

Er sagt S. 210: «Hat in einem Falle der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten und er haftet demgemäss dem Gläubiger für dessen Interesse, so darf er sich dasselbe von dem Dritten auch dann ersetzen lassen, wenn es den Wert des entzogenen Gegenstandes übersteigt».

Dieser Satz verrät eine ganz eigentümliche Auffassung des Rechtes, resp. Anspruches aus § 281. Recht verstanden will Kisch sagen: «Der Schuldner darf sich, wenn er Schadenersatz wegen zu vertretender Unmöglichkeit zu leisten hat, vom dritten Schuldner den ganzen Betrag ersetzen lassen, den er selbst an den Gläubiger als Schadenersatz zu zahlen hat; denn der dritte Schuldner haftet bis zum Interesse des Schuldners (im Sinne des § 281), welches durch die dem Gläubiger zu zahlende Entschädigungssumme begrenzt wird».

Diese Ansicht muss von dem hier vertretendem Standpunkte aus vollständig zurückgewiesen werden. Nur in dem einzigen Falle, in welchem der dritte Schuldner durch besondere Abmachungen dem Schuldner (im Sinne des § 281) auch den Schaden zu ersetzen hat, welchen dieser dadurch erleidet, dass er seinerseits gemäss § 280 Schadenersatz zu leisten hat, könnte man ihr beistimmen. Aber keinesfalls darf sie dann so allgemein ausgesprochen werden, wie dies an besagter Stelle geschieht; man müsste daraus unbedingt folgern, dass der Schuldner, welcher die Leistungsunmöglichkeit zu vertreten hat, in jedem Falle sich schlechthin an seinem Schuldner halten kann, ganz gleichgültig, aus welchem Grunde und in welcher Weise derselbe zum Ersatze des Gegenstandes, welcher nicht mehr geleistet werden kann, verpflichtet ist, m. a. W. dass der dritte Schuldner ohne weiteres für die Vertretungspflicht des

Schuldners einzustehen hat, auch wenn nichts besonderes bestimmt worden wäre.

Es handelt sich bei dieser Frage nicht darum, welches Interesse der Schuldner geltend machen darf, sondern welches Interesse der Gläubiger geltend machen kann, welchem die Forderung abgetreten wurde. Dass aber der Schuldner nicht ohne weiteres von dem dritten Schuldner die Summe ersetzt verlangen kann, welche er seinerseits dem Gläubiger auf Grund des § 280 zu geben verpflichtet ist, dürfte mit Rücksicht auf die vorstehenden Ausführungen über die Geltendmachung des Interesses des Gläubigers bei Abtretung des Ersatzanspruchs hier eines weiteren Beweises nicht bedürfen.

II. Abteilung.

Der Anspruch auf Grund des Paragraph 281 bei Schuldverhältnissen aus gegenseitigen Verträgen. Paragraph 323—325 B.G.B.

Strenge genommen gehören folgende Untersuchungen nicht mehr in den Rahmen des Themas, welches nur Erörterungen über den § 281 zum Gegenstande hat. Allein die §§ 323—325 hängen organisch aufs engste mit § 281 zusammen. Sie gehörten eigentlich direkt im Anschlusse an die in den §§ 275 fl. ausgesprochenen Grundsätze unter dem Titel «Schuldverhältnisse aus Verträgen» eingereiht, weil in der Tat gegenseitige Schuldverhältnisse nur aus Verträgen entstehen können[1]). Dass bei ihrer Darstellung eine Berührung der Lehre vom Ersatz und Ersatzanspruch bei der Leistungsunmöglichkeit unbedingt notwendig ist, bedarf bei dieser Sachlage keiner weiteren Begründung. Daraus folgt aber umgekehrt auch die Notwendigkeit und die Berechtigung, in den Auseinandersetzungen über § 281 dessen Wirkung und Einfluss im Gebiete der Leistungsunmöglichkeit bei gegenseitigen Schuldverhältnissen des Näheren zu prüfen.

Es ist hiebei als Grundsatz festzuhalten, dass Voraussetzungen und Wirkungen des Anspruches auf Grund des § 281 ihrerseits keine Modifizierung durch die §§ 323—325 erfahren, sodass in Hinsicht darauf vollständig auf die Ergebnisse verwiesen werden kann, welche in der vorausgehenden I. Abt. des III. Teiles gefunden worden sind[2]).

---

[1]) Es folgt dies aus dem wirtschaftlichen Zwecke dieser Art von Verträgen.

[2]) So auch Kleineidam a. a. O. S. 138.

Es braucht daher im folgenden nur die Anwendung des § 281 im Gebiete des gegenseitigen Vertrages resp. im Falle der hier eintretenden Leistungsunmöglichkeit besprochen zu werden.

I.

Paragraph 323.

Hat kein Teil die Leistungsunmöglichkeit zu vertreten, so verliert derjenige, dessen Leistung unmöglich geworden ist den Anspruch auf Gegenleistung. Diese Regelung des im gemeinen Rechte so bestrittenen Prinzipes ist die denkbar einfachste, auch vom Standpunkte der Billigkeit aus vollständig entsprechend.

Es ist nun in § 323, Abt. II, ausdrücklich der Fall erwähnt, dass derjenige, dessen Leistung noch möglich wäre, anstatt des Gegenstandes, der infolge der Leistungsunmöglichkeit ihm von gegnerischer Seite nicht mehr geleistet werden kann, das Surrogat nach § 281 zu beanspruchen berechtigt ist. Hiemit ist einer Erörterung der Frage, ob der § 281 bei gegenseitigen Verträgen überhaupt Anwendung finden könne, der Faden abgeschnitten.

§ 323 gibt uns im Folgenden nur mehr den Anlass, über das Verhältnis, in welchem das gemäss § 281 verlangte Surrogat zu der Gegenleistung steht, zu welcher der Empfänger des Surrogates, gemäss § 323, Abt. II, verpflichtet bleibt, des Näheren zu handeln. Es wird im § 323 selbst der Massstab angegeben, in dem auf die Anwendung der §§ 472 und 473 B.G.B. verwiesen ist. Darnach ist folgende Proportion aufzustellen: Wert der geschuldeten Leistung: Wert der Ersatzleistung = Wert der Gegenleistung bei Vertragsabschluss: X[1]). Man sieht, dass unter Umständen hier derjenige, welcher den Ersatzanspruch erhält sehr im Vorteil sein kann.

Er erhält hier 1200 und bezahlt 1000, sind beide Beträge Geldbeträge, so kann aufgerechnet werden und er erhält dann gegenüber seiner Leistung ein Mehr von 200. Dieser Gewinn ist aber gerechtfertigt, denn er hätte ihn auch bei Leistung des ursprünglichen Gegenstandes gemacht[2]).

---

[1]) Angenommen Wert der geschuldeten Leistung bei Vertragsabschluss 2400, Wert der Ersatzleistung 1200. Wert der Gegenleistung bei Vertragsschluss 2000; so ergibt sich als wirklicher Wert der Gegenleistung X = 1000.

[2]) Diese Berechnungen können unter Umständen ziemlich kompliziert werden. Ueber diesen Punkt, der hier nicht weiter zu berühren ist, siehe

Dagegen ist es nicht zulässig, dass das Surrogat den Wert der geschuldeten Leistung übersteigt, so dass die noch zu zahlende Gegenleistung (= X) die ursprüngliche Gegenleistung übersteigt. Dies würde dem Grundsatze widersprechen, der in der Abt. I ausgesprochen ist, dass § 281 unter allen Umständen, also auch bei gegenseitigen Verträgen, nur ein Aushilfsmittel ist, welches dazu dient, die Wirkung des Rechtsgeschäftes, ihrem wirtschaftlichen Effekte nach, nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten, welches aber nicht in seinen Wirkungen über den Rahmen des anfänglichen Geschäftes hinausreichen soll. Das Surrogat kann also höchstens gefordert werden bis zum wirklichen Werte der geschuldeten Leistung bei Vertragsschluss. (Hier gleich 2400.)

II.

Paragraph 324.

Er behandelt den Fall, dass die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten ist von demjenigen, an welchen die Leistung des Gegenstandes hätte erfolgen sollen. Hier behält derjenige, welcher infolge der Leistungsunmöglichkeit seinerseits zu leisten verhindert ist, das Recht auf die Gegenleistung.

Es kann sich bei dieser Sachlage die Frage erheben, ob überhaupt der Anspruch auf Grund des § 281 dem Gläubiger, welcher die Schuld von der Leistungsunmöglichkeit trägt, zugestanden werden kann[1]). Es wird allerdings mit Recht darauf hingewiesen, dass § 281 ohne Unterscheidung zwischen verschuldeter und unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit dem Gläubiger das Recht gebe, das Surrogat an Stelle des Gegenstandes, der ursprünglich geschuldet war, zu verlangen, und es wird von Kisch betont, dass sich aus dem Umstande, den § 281 in den Fällen des § 324 als zur Anwendung nicht geeignet zu betrachten, eine ungerechtfertigte Bereicherung des Gläubigers ergeben würde[2]).

---

die Ausführungen bei Kleineidam a. a. O. S. 133 fl.; Kisch a. a. O. S. 137; Titze S. 168.

[1]) Kleineidam bejaht die Frage, s. a, a. O. S. 140; Schollmeyer a. a. O. § 324; Kisch a. a. O. S. 94, bejaht mit Hinweis auf die Ausführungen von Schollmeyer, die Frage ebenfalls; desgl. Titze S. 180, Note 29.

[2]) Eine Ansicht, die durchaus nicht in dieser Allgemeinheit ausgesprochen werden kann, wie schon Note 28 bei Kisch a. a. O. S. 95 beweist.

Schollmeyer insbesondere hat ausführlich darüber gesprochen, ob man dem Gläubiger das Recht aus § 281 zusprechen soll.

Trotz dieser gewichtigen Stimmen müssen wir uns für das Gegenteil entscheiden. Auch hier gibt der schon wiederholt ausgesprochene Grundsatz, dass ein Anspruch des Gläubigers auf Grund des § 281 sich im Wesentlichen aus dem Gesichtspunkte der Billigkeit erklärt, das Hauptargument für die Begründung ab. Man hat gewiss bei Einführung dieses im Prinzipe dem gemeinrechtlichen Satze commodum ejus esse debet, cuius est periculum entsprechenden § 281 in die Gesetzgebung unseres modernen Zivilrechtes zweifellos den Gedanken gehabt, es sei eine ungerechte, einseitige Begünstigung des Schuldners, ihn im Falle der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit von seiner Leistungspflicht zu befreien, und ihm zugleich das stellvertretende commodum zu belassen. Dass dies der Fall war, erhellt auch aus den Protokollen, welche davon reden, dass bei dem Zwiespalt der Ansichten ob man das Recht aus § 281 dem Gläubiger auch bei (sc. vom Schuldner) zu vertretender Leistungsunmöglichkeit geben soll oder nicht, sich die Mehrheit für die erstere Alternative aussprach mit der Begründung, dass sonst dem Gläubiger der schwierige Beweis obliegen würde, ob verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit vorliegt; daraus geht hervor, dass es keine prinzipiellen Gründe waren, die für die Fassung der Gesetzesstelle im ersteren Sinne sprachen.

Ist aber dies der Fall, so dürfte auch die Ansicht nicht unbegründet sein, dass ein Anspruch auf das Surrogat im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit strenge genommen überhaupt keinen Platz hat neben dem in solchen Fällen dem Gläubiger zustehenden Schadenersatz, und dass die trotzdem nach § 281 stattfindende Zusprechung des Surrogates an den Gläubiger nur aus den genannten Billigkeitsgründen und lediglich für den Fall getroffen ist, dass der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Diese Anschauungsweise aber lässt es nicht zu, das Recht aus § 281 auf die Fälle auszudehnen, in welchen der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten hat, denn § 324 ist ein besonders gearteter Fall der Leistungsunmöglichkeit, der schon rein äusserlich sich von § 323 und § 325 dadurch unterscheidet, dass hier gar keine weitere Alternative gegeben ist, wie in den Fällen der eben genannten beiden Gesetzesstellen.

Auch folgt nach unserer Ansicht aus dem Umstand, dass anfänglich in E I dieser Fall mit in dem § 368 geregelt war, später aber getrennt wurde, und nun in § 324 eine selbstständige Regelung erfahren hat, die in keiner Weise an die frühere Vereinigung erinnert, das Gegenteil von dem, was Kisch a. a. O. S. 94 sagt, dass schon die Geschichte des § 324 darauf hinweist, dass eine Anwendung des § 281 in diesen Fällen zulässig und zweckmässig erscheint.

III.

Paragraph 325.

Der Streit darüber, ob das Recht aus § 281 hier Anwendung finden kann, ist durch das Gesetz selbst gelöst.

Zunächst ist mit Recht von Planck[1]) darauf hingewiesen worden, dass in § 325 deutlich zu lesen steht: «Statt des Anspruches auf Schadenersatz und des Rücktrittsrechtes kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen». Er hat daraus gefolgert, dass dies eine Ausnahme von § 281 insofern darstelle, als nicht Schadenersatz neben dem Surrogat verlangt werden und Abrechnung nach § 281, Abs. II, stattfinden könnte.

Man würde vielleicht sagen können, dass eine solche Auffassung etwas zu sehr am Buchstaben klebe, wenn nicht Protokolle II, S. 1282, erwähnten, dass der ebenfalls in dieser Hinsicht ungenaue § 369 des E I geändert werden solle, was die Redaktionskommission hätte besorgen sollen.

Diese Aenderung ist nun nicht geschehen, wenigstens nicht so, dass die Sache genauer geworden wäre. Es wird daher auf etwa vorhandene innere Gründe zurückzugehen sein, um diesen aus den Worten der Gesetzesstelle sich ergebenden Konflikt zu lösen. Es liegt aber bei näherem Besehen kein zwingender innerer Grund vor, dass man ihn für genügend erachten könnte, sich der Ansicht von Planck an besagter Stelle anzuschliessen. So lange kein anderer Grund für die Ansicht angeführt wird, als dass die Redaktionskommission hier eine Ungenauigkeit nicht berichtigt hat, kann man nicht wohl ohne weiteres daraus, dass eben wahrscheinlich bloss ein Redaktionsversehen vorliegt, die Anwendung des § 281, die hier vollständig zweckmässig erscheint, ausschliessen, wenn man sie im Allgemeinen bei einseitigem Schuldverhältnisse in den Fällen der zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit zulassen muss[2]).

---

[1]) Planck a. a. O. zu § 325.

[2]) So auch Kisch a. a. O. S. 218 dem Ergebnisse nach.

Was das Verhältnis zwischen Surrogat und Gegenleistung betrifft, so kann auf das verwiesen werden, was zu I. § 323 gesagt ist. Auf die rechnerischen Komplikationen des weiteren einzugehen, liegt hier ein Anlass nicht vor.

Anhang zu I (Paragraph 323) und III (Paragraph 325).

Es ist noch kurz folgende Frage zu streifen: Kann der Schuldner die in diesen Fällen für ihn bestehende unangenehme Schwebe, die zwischen dem Eintritt der Leistungsunmöglichkeit und der Wahl des Gläubigers zwischen den ihm gegebenen Alternativen besteht, schon vorher selbst beseitigen, ehe der Gläubiger seinerseits etwas zu deren Beseitigung getan hat?

Es ist von verschiedenen Seiten[1]) die Anwendung des § 264, resp. 262 mit 264 empfohlen worden. Allein § 262 wird man, wie Kleineidan S. 151 sagt, mit Recht von der Anwendung ausschliessen müssen. Es handelt sich in keinem Falle um ein Wahlschuldverhältnis, und es liegt auch kein diesem analoges Verhältnis vor. Dagegen wäre es vielleicht diskutabel, ob nicht § 264, Abs. II, analog angewendet werden könnte. Immerhin würde dies mit der Beschränkung geschehen müssen, welche Kisch a. a. O. S. 155 und 220 hier beobachtet wissen will, nämlich dass § 264, Abs. II, nur angewendet würde hinsichtlich der Wahl zwischen Schadenersatz und Surrogat. Denn dass man bezüglich des Rücktrittsrechtes diese Gesetzesstelle nicht anwenden kann, hat Kleineidam a. a. O. S. 151 gezeigt, wo er den in diesen Fällen sich zeigenden unlöslichen Widerspruch zwischen § 355 und 264, Abs. II, mit Recht als Hindernis bezeichnet. Man wird dieser Ansicht mit zwingenden Gründen nicht entgegentreten können, die immerhin eine Lösung des Konfliktes in ziemlich befriedigender Weise gibt. Denn dass man den Schuldner auch bei zu vertretender Unmöglichkeit nicht schlechthin allen Launen des Gläubigers ausgesetzt lassen kann, liegt auf der Hand.

Soviel, was § 323 anlangt.

Bezüglich § 325 ist zu bemerken, dass die Rechte aus § 281 nur dann in Betracht kommen, wenn die Rechte aus § 323 geltend gemacht werden. (Verweigerung der Gegenleistung, Ersatzleistung § 281, Zurückforderung der Leistung

[1]) Planck a. a. O. § 325; Kisch a. a. O. S. 155.

nach § 812 [1]). Es wird hier zu prüfen sein, ob für die Erklärung über die Vertragsaufhebung dem Gläubiger eine Präklusivfrist gesetzt werden kann. Auch hierin darf den Ausführungen von Kisch a. a. O. S. 155 und Kleineidam a. a. O. S. 151—153 gefolgt werden, die die Anwendung des § 355 hier für zulässig erklären, da für das gesamte Alternative Wahlrecht des Leistungsgläubigers aus § 325 die Bestimmungen des § 355 anzuwenden seien.»

III. Abteilung.

Die Anwendung des Paragraph 281 bei der teilweisen Unmöglichkeit.

Die gewöhnliche Erscheinung der Teilbarkeit von Leistungen ist es, welche die Veranlassung gegeben hat, zu unterscheiden zwischen vollständiger und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung und die Erörterung über die verschiedenen Wirkungen dieser Arten der Unmöglichkeit hat zu verschiedenen Ansichten und Folgerungen geführt, über welche im Folgenden mit Rücksicht auf § 281 einiges gesagt werden soll.

Es ist allerdings nicht Aufgabe dieser Untersuchungen, sich über diese Fragen, die hier entstehen, in erschöpfender Weise zu äussern, jedoch ist es nicht zu umgehen, wenigstens die hauptsächlichsten Ansichten, welche hier zutage treten, erläuternd vorauszuschicken.

Während im Gebiete des gemeinen Rechts sich namentlich Mommsen in seinen Abhandlungen über die Unmöglichkeit der Leistung hierüber ausgesprochen hat, dürften für das moderne Recht insbesondere die Ausführungen von Kisch, Kleineidam und Titze in ihren bis jetzt stets zitierten Abhandlungen von Bedeutung sein.

Kisch führt a. a. O. S. 161 ff., 22, 193 ff. aus, dass man zunächst selbstverständlich unteilbare Leistungen auszuscheiden habe [2]). Soweit eine unteilbare Leistung vom Schuldner auch nur teilweise nicht bewirkt werden kann, sei sie ganz unmöglich. Teilweise Unmöglichkeit gebe es

---

[1]) Staudinger a. a. O. zu § 325.

[2]) Unteilbar sei eine Leistung, wenn sie auf Rechtsübertragung gehe und nicht zerlegbar sei; ferner auch in den Fällen, wo Rechte an Sachen begründet werden und diese Sachen nicht ohne Wesenzerstörung zerlegt werden können. Bei Leistungen auf Handlungen müsse unterschieden werden, ob sie bloss die Handlung oder einen bestimmten Erfolg bezwecken, erstere sei regelmässig unteilbar; auch auf den Parteiwillen sei ein Hauptgewicht zu legen.

nur bei teilbaren Leistungen. Sie sei in verschiedener Weise möglich; dagegen könne die zeitweise Unmöglichkeit zwar logisch als teilweise Unmöglichkeit betrachtet werden, praktisch aber sei dies mit Rücksicht auf die verschiedene Behandlung nicht angängig. Dagegen betrachtet Kisch auch die mangelhafte Leistung (459 B. G. u. fl.) als teilweis unmögliche Leistung.

Kleineidam a. a. O., S. 34, führt insbesondere aus, dass zwar zunächst der Parteiwille als massgebend zu betrachten sei, dass aber hierauf nicht das einzige Gewicht gelegt werden dürfe[1]), denn sonst käme man in vielen Fällen auf den § 306 B.G.B. hinaus, was auch bei den geringsten Anlässen die Nichtigkeit des Geschäftes zur Folge hätte; vielmehr sei hier auf den Grundsatz des § 139 zurückzugehen, der dem Verkehre entgegenkomme. Was die zeitweilige Unmöglichkeit betreffe, so sei zur Annahme derselben nicht erforderlich, dass eine Aenderung der Sachlage unmöglich oder auch nur nicht voraussichtlich sei.

Titze a. a. O., S. 31 fl., unterscheidet eine zeitweilige, örtliche und gegenständliche Unmöglichkeit der Leistung. Die zeitweilige Unmöglichkeit sei totale, wenn der Zeitpunkt der Leistung wesentliches Vertragsmoment ist. In anderen Fällen liege teilweise Unmöglichkeit vor; es sei allerdings schwer hier die Grenze zu ziehen, wo die Leistung überhaupt noch zulässig ist. Ein Mittel, um die Flüssigkeit der Grenze etwas einzuschränken, sei das Recht des Gläubigers, eine Frist zu bestimmen.

Für die gegenständliche teilweise Unmöglichkeit seien Regeln auch nicht schlechthin zu geben; es hänge vom Verkehr und dessen Bedürfnissen ab.

Zunächst ist es zweifellos, dass der Begriff der teilweisen Unmöglichkeit dort die grösste Rolle spielt, wo es sich um teilbare Leistungen handelt. Man hat es hier meist mit den Fällen der quantitativen teilweisen Unmöglichkeit zu tun; namentlich wird die Sachlage einfach sein bei Leistung von Sachgesamtheiten, obwohl natürlich es auch hier auf den einzelnen Fall ankommt, ob man totale oder parzielle Unmöglichkeit wird annehmen müssen. Aehnliche Gesichtspunkte gelten hinsichtlich der qualitativen Unmöglichkeit. Was die zeitweilige Unmöglichkeit der Leistung betrifft, so dürfte die Ansicht von Kisch wohl am meisten für sich haben, dass es nicht praktisch ist, sie mit der teilweisen Unmöglichkeit überhaupt unter denselben Gesichtspunkten

[1]) Vergl. hiezu auch Schöller in Gruchots Beiträgen B. 45, S. 540 ff.

zu behandeln; Titze[1]) glaubt den § 281 hier in der Weise anwenden zu können, dass bei nachträglichem Wiedereintreten der Leistungsmöglichkeit das Surrogat als ungerechtfertigte Bereicherung vom Schuldner zurückgefordert werden kann; obwohl diese Lösung nicht als unbrauchbar von der Hand gewiesen werden kann, schliessen wir uns dennoch der Ansicht an, welche bei zeitweiliger Unmöglichkeit die Grundsätze der teilweisen Unmöglichkeit überhaupt nicht zur Anwendung bringen will, schon mit Rücksicht darauf, dass es nur in den seltensten Fällen möglich sein dürfte vorauszusehen, ob die Leistungsunmöglichkeit sich später beheben wird oder auch nur vermutlich wird behoben werden können.

Während wir im Prinzipe der Anwendung des § 281 auch bei teilweiser Unmöglichkeit bejahend gegenüber stehen[2]), müssen wir aus dem letzt angeführten Grunde, ohne auf die Frage, ob die zeitweilige Unmöglichkeit unter die teilweise Unmöglichkeit zu subsumieren sei, grundsätzlich einzugehen, die Anwendung des § 281 bei der zeitweiligen Unmöglichkeit im Interesse der Rechtssicherheit als unzweckmässig bezeichnen.

IV. Teil.

Der Versicherungsanspruch und Paragraph 281.

Bei der Eigenart einerseits und der Wichtigkeit für das moderne Leben andererseits schien es angezeigt, die Frage, ob unter § 281 auch der Versicherungsvertrag falle, m. a. W., ob als ein Ersatzanspruch, der vom Schuldner an den Gläubiger auf dessen Verlangen abzutreten ist, auch der Anspruch aus einem Versicherungsvertrage anzusehen sei, in einem besonderen Teile zu behandeln.

Es wird auch hier zunächst ein Blick auf das gemeine Recht zu werfen sein, um zu sehen, wie das Verhältnis des Versicherungsanspruches zu der Regel commodum ejus esse debet cujus est periculum sich gestaltete.

---

[1]) A. a. O. S. 150.
[2]) Vergl. übereinstimmend auch Titze a. a. O. S. 149, 157.

I. Abteilung.

Im gemeinen Rechte.

1. Es ist ein altes und zu vielen Erörterungen Anlass gebendes Problem des gemeinen Rechtes gewesen, was Rechtens sein soll, wenn ein Verkäufer die verkaufte Sache ein zweites Mal vor der Uebergabe verkaufte und dieselbe dann durch Zufall zugrunde ging. Hier stehen sich zwei Sätze des römischen Rechtes in einer unvereinbaren Disharmonie gegenüber: Der Verkäufer kann kraft des Satzes vom Uebergang der Gefahr den Kaufpreis vom zweiten Käufer verlangen. Dem ersten Käufer haftet er allerdings wegen Nichterfüllung, aber er bekommt von ihm den Kaufpreis: Er trägt somit einen der beiden Preise als Lohn dafür davon, dass er in doloserweise gehandelt hat. Diese eigentümliche Konsequenz wurde von Mommsen[1]) auf l. 21 D 18. 4 zurückgeführt und ist insbesonders auch von Ihering[2]) des Näheren behandelt worden. Dieses Problem nun hätte zunächst für unsere Frage keine weitere Bedeutung, wenn nicht von Ihering der Versuch gemacht worden wäre, diese Frage in ganz eigentümlicher Weise mit dem Versicherungsanspruch in Zusammenhang zu bringen. Der Gedankengang ist dabei folgender: «Der Verkäufer wird durch den Kaufvertrag in seiner Verfügungsbefugnis über die verkaufte Sache beschränkt; namentlich ist es ihm versagt, durch eine Veräusserung die Gefahr des Zufalls von sich abzuwenden. Daher sei es vollständig am Platze, wenn der Käufer ihn dafür in der Weise entschädige, dass er die Gefahr (sc. schon von Abschluss des Vertrages an) auf sich übernehme. Somit ist der Kaufpreis nichts anderes als eine Schadloshaltung des Verkäufers und darf niemals eine Bereicherung dadurch stattfinden, dass der Verkäufer einen Kaufpreis für dieselbe Sache zweimal fordere; er ist bereits durch die einmalige Zahlung schadlos gehalten. Etwas ganz ähnliches aber, sagt Ihering weiter, besteht bei Versicherung eines Gegenstandes; sie bezweckt Schadloshaltung, daher kann der Verkäufer niemals Kaufpreis und Versicherung zugleich fordern, sondern hat ein Wahlrecht. Mit der Entscheidung für das Eine ist die Geltendmachung des Anderen ausgeschlossen, es könnte dem Verkäufer die condictio indebiti entgegengesetzt werden, falls er die Versicherung bereits eingezogen hätte. Strengt er aber die Klage auf Kaufpreis-

[1]) A. a. O. S. 109.
[2]) Iherings Jahrb. f. Dogm. Bd. III, S. 472 ff.

zahlung an, so muss er seine Versicherungsforderung dem Käufer auf dessen Verlangen zedieren».

So die Lösung der Frage von Ihering. Er spricht also aus den erwähnten Gesichtspunkten dem Käufer das Recht auf Cession des Versicherungsanspruches eventuell zu, unter vollständiger Umgehung des Satzes commodum ejus esse u. s. w.

2. Aus ähnlichen allgemeinen Gesichtspunkten heraus geht an die Lösung dieser Frage eine von den französischen Juristen[1]) aufgestellte Theorie, die sogenannte Accessoriums-Theorie, heran. Darnach ist die Versicherung ein Accessorium der versicherten Sache; mit Abschluss des Kaufvertrages geht somit auch die Versicherung auf den Käufer ohne weiteres mit über[2]). Bei dieser Theorie, welche indes aufgegeben ist[3]), ist es unerlässliche Voraussetzung, dass man als Gegenstand der Versicherung die Sache annimmt, mit Rücksicht auf welche die Versicherung abgeschlossen wurde[4]).

3. Direkt auf die Regel commodum ejus esse debet u. s. w. gründet Mommsen a. a. O. S. den Anspruch des Gläubigers auf Abtretung des Versicherungsanspruches Er führt aus, dass dasjenige, was der Verkäufer aus der Versicherung erlange, ein stellvertretendes commodum sei; er kommt dabei allerdings mit seiner Anschauung, dass nur dasjenige commodum, welches durch den gleichen Umstand wie die Leistungsunmöglichkeit verursacht würde, unter den oben genannten Satz zu begreifen sei, in Widerspruch; denn hier tritt als Medium der Versicherungsvertrag inzwischen. Mommsen will daher auch dem Prinzipe nach dem Käufer den Anspruch auf Abtretung des Versicherungs-

---

[1]) Ein ähnlicher Gedanke in der neueren Litteratur findet sich Jul Gierke, die Versicherungsforderung bei Veräusserung der versicherten Sache (Berlin 1900), S. 61, wo die Pertinenzeigenschaft der Versicherung für die Fälle behauptet ist, dass das Statut die Versicherung (im Gegensatz zu den Fällen, wo sie mit dem Boden verbunden ist), mit dem Gebände verbindet; ferner für die Fälle der Hagel- und Viehversicherung.

[2]) Vergl, Pardessus, cours de droit commercial 1841—42 tome III, p. 362; ferner auch die bei Malsz in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 8, S. 371, angegebenen Quellen.

[3]) Vom Standpunkte des modernen Versicherungsrechtes aus ist der Gegenstand der Versicherung nicht die Sache, sondern das Interesse des Versicherten. Vergl. Ehrenberg in Bindings Hdb. Bd. III. 4. S. 295; Hecker a. a. O. S. 31 u. a. m.

[4]) So noch Benecke, System des Assekurranz- und Bodmereiwesens, Hamburg 1851—52, Bd. I. Kap. I. Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und Hamburger Handelsrechtes. Bd. IV, S. 66. Auch A.L.R. vertritt diesen Standpunkt. II. 8. § 1259 fl.

anspruches nicht zusprechen, weil der Gewinn durch ein Rechtsgeschäft gemacht sei, welches keinen Einfluss auf die Erfüllung der Obligation habe, und kommt dazu, den Versicherungsanspruch mit der cautio dammni in fecti als Ausnahmefälle dennoch unter den Satz commodum ejus u. s. w. zu stellen; den Versicherungsanspruch insbesondere mit der Motivierung, dass derselbe als Entschädigungsanspruch aufzufassen sei, dass er daher nur gefordert werden könne, wenn auf Seite des Versicherten wirklich ein Schaden vorliege, und daher in unserem Falle, wenn die Sache durch Zufall untergehe und der Versicherte somit keinen Schaden erleide, entweder eine Befreiung des Versicherers eintreten oder dem Käufer der Anspruch auf die Versicherung (d. h. deren Abtretung) zugesagt werden müsste. Das Erstere widerstreitet der Billigkeit, somit sei das Zweite als Ausweg anzunehmen[1]).

4. Eine besondere Ansicht zur Lösung der Frage über den Anspruch auf Abtretung des Versicherungsanspruches stellt Lippmann in Iherings Jahrb. für Dogm. Band 7, S. 21, insbesondere S. 32 auf. Er erklärt einfach die Versicherungssumme als Surrogat für die geschuldete Leistung (ähnlich dem Satze Pretium succedit in locum rei, res succedit in locum pretii) und folgert mit Rücksicht auf die Billigkeit bei gegenseitigen Verträgen, dass man durch Anspruch auf Abtretung der Versicherungsforderung einen möglichst weitgehenden Ausgleich zwischen den Kontrahenten stattfinden lassen müsse; daher soll der Schuldner dem Gläubiger bei Unmöglichkeit der Leistung wenigstens das geben, was er an Stelle des ursprünglichen Gegenstandes erhalten hat[2]). Auf dem gleichen Standpunkte steht Gierke a. a. O. S. 121.

5. Zu beachten sind ferner die Ausführungen von Windscheid a. a. O. B. II. § 264, N. 6. Vangerow a. a. O. B. III, § 635.

6. Eine weitere Lösung unserer Frage sucht Hofmann a. a. O. S. 153 fl. Er meint, dass die Versicherungsforderung nur dann vom Käufer beansprucht werden kann, wenn

[1]) Mit diesen Gründen wird auch § 2163 A.L.R. II. 8. von Mommsen motiviert.

[2]) Er führt als Belegstelle an: l 17 § 1 D. 6. 1; l 17 pr. D. 6. 1; l 11, § 8, 9, D. 43. 24. Eine eingehende Würdigung der Gründe für und gegen diese Ansicht s. sei bei Grevel, »hat der Verkäufer einer Sache das Recht die Cession des Anspruches auf die Versicherungssumme zu fordern falls die Sache vor Uebergabe zugrunde geht?» Dissert. (Greifswald 1895), S. 17. fl.

die Versicherungsforderung mit verkauft ist, was allerdings in den meisten Fällen angenommen werden dürfte; wenn dies allerdings nicht zutreffe, so könne von einer Abtretung nicht die Rede sein. (vergl. S. 31 Anm. 1).

Dieser Ansicht schliesst sich auch Grevel a. a. O. an. Er begründet seine Ansicht insbesondere damit, dass mit Abschluss des Kaufvertrages eine Befreiung des Versicherers eintrete. Es treffe so allerdings die ganze Last des Unfalles den Käufer und der Versicherer gehe frei aus, doch sei hier ein Ausweg durch die Möglichkeit anderweitiger vertragsmässiger Regelung gegeben. Zu berücksichtigen wäre endlich noch die Schrift von Giese[1]), welcher ausgeht von dem Prinzip, dass die Versicherung niemals eine Bereicherung zur Folge haben dürfte.

Wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, liegt die Schwierigkeit des vorliegenden Problems für das gemeine Recht in folgenden Umständen:

1. Einerseits hat man das rein obligatorische Rechtsverhältnis des Versicherungsvertrages, welches nur Beziehungen schafft zwischen dem Versicherer und dem Versicherten. Die Schwierigkeit wächst, je mehr man sich auf den rein römischrechtlichen Standpunkt stellt und damit auch den Versicherungsvertrag als ein derartiges rein obligatorisches Rechtsverhältnis ansieht, im Gegensatz zu der allerdings richtigeren Meinung, dass die Versicherung ein deutschrechtliches Institut sei, von welchem Standpunkte aus Gierke a. a. O. S. 8 fl., insbesondere § 4 III, zu der Folgerung gelangt, dass das Rechtsverhältnis der Versicherung zu der versicherten Sache in einer besonders innigen Beziehung stehe, sozusagen verdinglicht sei. Somit verbietet es sich nach gemeinem Recht, die Antwort auf die Frage, ob der Schuldner an Stelle des untergegangenen Leistungsgegenstandes die Versicherungsforderung auf Verlangen abzutreten habe, einfach damit als gegeben zu erachten, dass man mit Bezug auf die Fälle der Veräusserung[2]) der

---

[1]) Die Ansprüche des Verkäufers aus dem Versicherungs- und Kaufvertrage nach Uebergang der Gefahr auf den Käufer. Dissert. (Berlin 1898). Er gelangt zu der Folgernng, dass der Versicherer zwar Abtretung des Kaufpreises verlangen könne, wenn er seinerseits seiner Pflicht nachkommt, aber nicht der Käufer Abtretung des Versicherungsanspruches fordern könne, denn nur der im Versicherungsverhältnisse stehende Versicherer dürfe sich auf den Satz vom Verbote der Bereicherung berufen, nicht der ausserhalb desselben stehende Käufer. Versicherung und Kauf seien von einander unabhängig. Das Verbot der Bereicherung gelte nur zwischen Versicherer und Versicherten.

[2]) Es ist im ganzen Gebiete des gemeinen Rechtes, wie schon aus

untergegangenen Sache die Versicherung einfach als Pertinenz der versicherten Sache ipso jure auf den Erwerber übergehen lässt.

Diejenige Theorie ferner, welche mit dem Satze commodum ejus esse u. s. w. operiert, sieht sich genötigt, auf besonderen Umwegen und unter Heranziehung des Verkehrsbedürfnisses, welches hier eine Regelung in der Richtung, dass ein Abtretungsanspruch des Gläubigers zulässig sei, einfach notwendig mache, den hier vorgelegten Fall in ihr Anwendungsgebiet hineinzuzwängen. Am meisten hat noch die Theorie von Lippmann für sich; allein man kann auch seiner Begründung ganz erhebliche Zweifel entgegensetzen, wie dies von Grevel gezeigt ist, auf dessen Schrift in dieser Richtung verwiesen werden kann.

2. Andererseits aber ist es insbesondere die Regelung vom Gefahrtragen beim Kaufe — und wie oben erwähnt ist die Frage fast nur in Verbindung mit der Lehre vom Kaufe behandelt worden — die ein noch grösseres Hindernis für eine zweckmässige Lösung des Problems darstellt, denn es taucht fortwährend der Gedanke auf: da mit Abschluss des Kaufes die Gefahr auf den Käufer übergeht, verliert er auch sein Interesse, er kann somit keinen Schaden mehr erleiden, wofür sollte nun der Versicherer einzustehen haben?

II. Abteilung.

Der Paragraph 281 und der Anspruch des Schuldners aus der Versicherung.

Es bleibt uns nach B.G.B. gegenüber dem gemeinen Rechte zunächst eines erspart, nämlich die Frage aus allgemeinen Grundsätzen heraus zu prüfen, ob bei Veräusserung eines Gegenstandes die Versicherungsforderung ipso jure auf den Erwerber übergeht, denn wir brauchen mit Rücksicht darauf, dass wir die Frage hier nur unter Zugrundelegung des § 281 zu untersuchen haben, nicht des weiteren darum zu kümmern ob, abgesehen von § 281, noch irgend welche Wege zu der Annahme eines Ueberganges des Versicherungsanspruches auf den Erwerber führen; und abgesehen davon soll die Frage hier nicht bloss mit Rücksicht auf Veräusserungsgeschäfte behandelt werden, sondern bei der

---

den bisherigen Litteraturangaben folgen dürfte, unsere Frage fast nur immer mit Rücksicht auf den Kauf behandelt worden.

allgemeinen Fassung des § 281 schlechthin eine Prüfung darüber stattfinden, ob der Versicherungsanspruch unter den Begriff des Ersatzanspruches im Sinne des § 281 fällt. Zunächst kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, dass die Versicherungsforderung, solange nicht besondere Gründe entgegenstehen, wie jedes andere Forderungsrecht abgetreten werden kann[1]). § 398 B.G.B.

Es erübrigt sich somit auch die Untersuchung, ob etwa aus der Natur des Versicherungsvertrages Zweifel über die Zulässigkeit einer Abtretung überhaupt sich ergeben. Es bleibt somit nunmehr übrig, darauf näher einzugehen, ob die Versicherungssumme, resp. der Versicherungsanspruch erlangt ist durch «Umstand, welcher die Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hatte». Darüber lässt sich nicht ohne Weiteres eine zutreffende Antwort geben.

Es tritt hier das Medium des Versicherungsvertrages als neues Glied in die Kette des Kausalzusammenhanges, der nach § 281 scheinbar ein notwendig unmittelbarer ist. Damit wäre dann allerdings die Anwendung des § 281 auf diesem Gebiete vollständig ausgeschaltet. In der Tat scheint Dernburg[2]) darauf abzuzielen, wenn er bei Besprechung des Surrogationsprinzipes unter Hinweis auf § 281 sagt: Auf Versicherungsgelder bezieht sich dies an und für sich nicht. Doch beweist schon der Ausdruck «an und für sich», dass auch Dernburg der Meinung ist, dass eine Anwendung des § 281 nicht einfach schroff abgewiesen werden kann. Die meisten Autoren bejahen die Frage[3]). Wir können bezüglich dieser Frage, ob der Versicherungsanspruch als Ersatzanspruch gemäss § 281 vom Gläubiger verlangt werden kann, und die Zweifel, die darüber mit Rücksicht auf den Umstand, dass Unmöglichkeit und Ersatzanspruch nicht dem gleichen Grunde entspringen, entstehen, verweisen auf das, was im zweiten Teile dieser Abhandlung unter N. V. Ziff. 2, gesagt ist, weshalb sich eine Wiederholung der dortigen Ausführung erübrigt.

Jedenfalls kann man aber die Begründung, welche die Motive zum Entwurfe eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag für den ipso jure auf den Erwerber erfolgen-

---

[1]) Motive z. Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag (Berlin 1903) am Anfang.

[2]) Lehrbuch der Pandekten (Berlin 1900). Bd. II, § 68, Nr. 4.

[3]) Titze a. a. O. S. 117; Schollmeyer a. a. O., Note 2b zu 281; Dernburg, Lehrb. d. bürg. R. (1899), Bd. II, § 62, Nr. IV; Crome a. a. O., Bd. II, § 158; Kisch a. a. O. S. 207; Oertmann, Komment. zu § 281, u. a. m.

den Uebergang der Versicherungsforderung am Anfang geben, auch hier anwenden, nämlich dass das praktische Bedürfnis eine solche Auslegung des § 281, welche sich für Bejahung der Frage der Subsumption des Versicherungsanspruches unter Ersatzanspruch des § 281 ausspricht, nötig macht, und daher entgegenstehende theoretische Bedenken an Bedeutung verlieren. So ist es zu halten bei jenen Fällen der Leistungsunmöglichkeit, welche sich ereignen bei Schuldverhältnissen, welche auf Veräusserung des Gegenstandes gerichtet sind.

Allein die heutige grossartige Ausdehnung des Versicherungswesens — und daraus ist das Hauptargument für die Behauptung zu entnehmen, das nicht das reale Substrat, sondern nur ein Interesse Gegenstand der Versicherung sein kann[1]) — kennt auch Versicherungen anderer Art als die des Eigentümers. Es kann der Mieter, der Entleiher, der Pfandgläubiger die Sache versichern[2]). Hier ergeben sich Zweifel anderer Art: denn die Versicherungssumme stellt hier nicht schlechthin einen Ersatz für den Gegenstand seinem Wesen nach dar, also gewöhnlich gleich dem Interesse des Eigentümers, sondern einen Ersatz anderer wirtschaftlichen Werte, anderer Interessen.

Hier wird eine Entscheidung in O.L.G. Hamburg den richtigen Weg weisen[3]), welche darin gründet, dass es darauf ankommt, ob der «Pfandgläubiger» sich zum Abschlusse der Versicherung verpflichtet hat oder nicht. Was hier für den Pfandgläubiger gesagt ist, kann man unbedenklich auch auf die anderen Fälle der Versicherung durch den Mieter oder Entleiher ausdehnen.

---

[1]) Kohn; der Versicherungsvertrag S. 1 ff.; Gerber-Cosack, Deutsches Privatrecht, S. 395; Malsz in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 8, S. 369; Gierke a. a. O. S. 31; Giese a. a. O. S. 15. Insbesondere Versicherungsrecht von Ehrenberg in Bindings Handbuch, Bd. III, S. 295; Hecker a. a. O. S. 95 u. a. m. Vergl. auch Entwurf eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag, Berlin 1903, § 1, § 47.

[2]) Titze a. a. O. S. 121.

[3]) Seufferts Archiv, Bd. 43, S. 263.